جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية

ابــن عكنون

إجــازة العقــد القابــل للابطال في القانــون المـــدني الجــزائــري

بحث

للحصول على دبلوم الماجستير في العقود و المسئولية

إعداد : محمـــد سعيــد جعفــور

إشراف : الاستاذ د. علي علي سليمان

لجنة المناقشة

أستاذ - د ________________ رئيسا

أستاذ ـ د ________________ عضوا

أستاذ ـ د ________________ عضوا

أستاذ ـ د ________________ "

أستاذ ـ د ________________ "

جوان 1985

اهداء

الى معلمي الأول

الى ذي الفضل علي

الى أخي

اهدي ثمرة جهدي

الجزائر : 28/04/ 1985

مقدمة:

يعد القانون المدني الجزائري من أحدث القوانين المدنية(1)، وهذا ما جعله يأتي شاملا تقريبا من حيث تنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع. كما أن حداثته جعلته يستفيد مما بلغه التطور القضائي الذي بلغ أوجه خاصة في فرنسا، فجاء متفوقا على الكثير من التشريعات المدنية العربية، وعلى الاخص القانون المدني المصري، الذي يعد بحق الينبوع الذي ارتوى منه مشرعنا المدني (2).

هذا وقد نالت نظرية الالتزام في قانوننا المدني نصيب الاسد بالنظر الى عدد المواد المخصصة لها (3). وقد أورد المشرع الجزائري مصادر الالتزام في الباب الاول من الكتاب الثاني وخصص الفصل الثاني من هذا الباب للعقد كمصدر هام للالتزامات.

وبعد أن عرض القانون المدني الجزائري أحكام العقد بصفة عامة ثم تصدى لشروط انعقاده وصحته، تلاها مباشرة بأحكام بطلان العقد(4) مقسما اياه الى مطلق ونسبي (5)، مبينا أحكام كل منهما، ومن هذه الاحكام مسألة الاجازة، وهي المسألة التي وقع اختياري عليها بالذات، لتكون عنوانا لبحثي ومضمونا له.

واذا كانت نظرية البطلان، قد اعتبرت الكتابة فيها في وقت مضى بدعة العصر، في الفقه الفرنسي على الاقل(6)، فان ندرة الكتابة وقلة البحث في الاجازة، لا يعادلهما الا وفرتهما بالنسبة الى البطلان، وخاصة في الفقه العربي. فرغم أن ما يمكن قوله فيها كثير كما سنرى

1- صدر القانون المدني الجزائري بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

2- انظر في مدى تفوق القانون المدني الجزائري على غيره من القوانين العربية: علي علي سليمان: نظرة عامة على القانون المدني الجزائري، محاضرة القيت بتاريخ 1976/05/05، ص16 ومابعدها، فقرة 9.

3- انظر الكتاب الثاني من قانوننا المدني (من المادة 53 الى المادة 673).

4- المواد من 99 الى 105.

5- وسماه القابلية للابطال.

6- لم يقدم لنا الفقه العربي فيما أعلم الا بحثين يتناولان بطلان العقد، أحدهما رسالة دكتوراه للاستاذ جميل الشرقاوي سنة 1953، وثانيهما بحث لنيل شهادة الماجستير، أعده السيد محمد حبار ببلادنا سنة 1976.

فان ما قدم بغرض ايضاحها واستجلائها، يمكن أن يحدد على أصابع اليد في الفقه الفرنسي، أما في الفقه العربي، فلم يكتب فيها أحد — فيما أعلم — مع أهمية الموضوع من الناحية العملية اليومية، اذ ما دام الكلام عن القابلية للابطال لم ينضب، فيجب الاستمرار أيضا في الكلام عن الاجازة. فالقابلية للابطال والاجازة — في نظري — مسألتان متلازمتان، لأن العقد القابل للابطال عقد يتأرجح مصيره بين أمرين، ولا مفر من أحدهما: اما طلب ابطاله، أو اجازته.

ان ما دفعني الى الكتابة في هذا الموضوع، يمكن تلخيصه فيما يلي:

1 — قلة المراجع أو انعدامها وخاصة في اللغة العربية — كما سبق القول — ولعل هذا السبب كاف بمفرده لتبرير اختيار هذا الموضوع، اذ من يدري، فقد تكون محاولتي المتواضعة هذه لبنة تساهم في بناء الفكر القانوني في بلادنا.

2 — أخذ المشرع الجزائري في القانون المدني، بتقسيم ثلاثي للعقد، من حيث توافر أركانه وشروط صحته أو عدمها، فالعقد في هذا القانون، اما أن يكون صحيحا أو باطلا أو قابلا للابطال. ثم أتى في قانون الاسرة(1) (في المادة 83 منه) معتنقا نظرية العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي، وهي نظرية لم يأخذ بها اطلاقا في القانون المدني، فهل قصد المشرع الجزائري ذلك، أو أنه أخطأ فلم يحالفه الصواب؟ فما حكم تصرف الصبي المميز — ومن في حكمه — الدائر بين النفع والضرر؟ أهو قابلية العقد للابطال أو الوقف؟ وسيتجلى لنا، أثناء البحث، أننا نميل الى الفرض الثاني، خاصة وأن كلمة "اجازة"، تدل تمام الدلالة على المقصود اذا قلنا ان العقد موقوف، اذ العقد الموقوف يقف نفاذه على الاجازة، فهو لا ينفذ، واذا أجيز نفذ، أما العقد القابل للابطال، فهو ينتج آثاره رغم عدم تحقق الاجازة، وهذه الاخيرة لا تزيده الا تأييدا. فما حقيقة الاجازة؟

---

1 — صدر سنة 1984، وقد خالفت بعض نصوصه المتعلقة بحكم تصرفات عديم الاهلية وناقصها نصوصا في القانون المدني.

3 ـ وكنتيجة لما قلته أعلاه ، وبعد اطلاعي على جوانب الموضوع تساءلت عن مدى ملائمة اطلاق لفظ (الأجازة) على عملية النزول عن الحق في ابطال العقد فالعقد القابل للابطال الذي يأخذ به ق م ج عقد صحيح منذ تاريخ ابرامه فهو اذن يؤيد أو يؤكد ولا يجاز ، اذ الاجازة ترد على وضع غير صحيح بغية تصحيحه . وسنعتمد في حل هذه النقطة على الفقه الاسلامي بصفة عامة وعلى نظرية العقد الموقوف بصفة خاصة .

4 ـ اقتفى المشرع الجزائري أثر التشريعات المختلفة ، وأدرج استثناء (تحفظا) في آخر المادة 100 (1) يقضي بعدم سريان الأثر الرجعي للاجازة بحقوق الغير ، فما المقصود بهذا الأستثناء ؟ وأرى أن هذا الأستثناء قد أحدث جدلا في الفقه لانهاية له ، وكان يحسن لو عدل مشرعنا فيه .

5 ـ اذا علمنا أن الأجازة لاتصحح العقد اذ لاتزيده شيئا اللهم الا ازالة خطر ابطاله ـ فكيف بمشرعنا على غرار التشريعات الأخرى ، يقضي بأن للاجازة أثرا رجعيا ؟ انها لعمري نقطة تستدعي الأنتباه فتستوقف الباحث

6 ـ ان المشرع الجزائري ، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري لم تتبين له الرؤيا ـ على ما أرى ـ بالنسبة الى موضوع الاجازة ، فما زال يخلط حتى الآن ، بين مصطلحين يدلان على حكمين مختلفين ، الأجازة والاقرار ، فاذا كانت الاجازة كمبدأ عام تصدر من طرف في العقد ، فان الاقرار يصدر من أجنبي عنه .

7 ـ وأخيرا ، اذا كان البطلان هدم للتصرف وازالة الآثاره فان الاجازة من شأنها الابقاء عليه وتعزيز آثاره ، مع ما ينتج عن ذلك من استقرار التعامل في المجتمع . ومنه ارى أن دراسة البطلان شئ مهم ، وان البحث في الأجازة أهم .

هذا ، ولعل النقاط المطروحة أعلاه ، تنهض أسبابا وتصلح تبريرا لاختياري لموضوع حساس من الناحية العملية ، وذي صلة مباشرة بالفرد في مجتمع تقضي المادة 1/106 من قانونه المدني بان العقد شريعة المتعاقدين فكان لزاما أن يتدخل المشرع وأن يفرض الحماية للتصرفات التي تصدر من فئة من الناس كبيرة ، تتمثل في معيبي الارادة وناقصيها وأن يجعل تصرفاتهم قابلة للابطال ، ولذوي الشأن اجازتها .

---

1 ـ وتقابل المادة 139 من القانون المدني المصري ، والمادة 1338 من القانون المدني الفرنسي .

ولكي يكون لهذه المحاولة بعض الفائدة — وهو ما أرجوه — ارتأيت أن تكون الدراسة مقارنة كلما دعت الحاجة الى ذلك لتتم المنفعة، ولتتبين موقف المشرع الجزائري مقارنا بالتشريعات الأخرى، فيظهر لنا مدى مخالفته للصواب أو عدمه، اذ بالمثال يتضح الحال .

كما اني آليت على نفسي أن أدرس موقف المشرع الجزائري بخصوص هذا الموضوع بكل موضوعية، حسبما تسمح به معارفي، ولن أتوانى عن ابداء وجهة نظري كلما اتيح لي ذلك، مقترحا أو منتقدا، فكم نحن في حاجة الى الاقتراح والانتقاد البناء، فبناء الجديد لا يتأتى الا بهدم الآيل للسقوط .

ولا يفوتني أن أنوه بفضل استاذي الجليل الدكتور علي علي سليمان المشرف على هذا البحث، فقد كانت ارشاداته القيمة نبراسا أضاء طريق البحث أمامي، وكانت توجيهاته دليلا ساعدني على سلوك هذا الطريق الوعر فما انفك يشير علي، وما فتئت استشيره، حتى تبدت لي جوانب الموضوع، وظهرت أساسياته من تفاصيله، فحاولت بقدر الامكان فصل البنات عن الأمهات بأن طرحت جانبا المسائل التفصيلية، وان كنت لم ابعدهما من بعيد، فهي تصلح موضوع دراسة بحث مفصلين لعلهما باذن الله قريبان .

وختاما، لا أرى لأنهي هذه المقدمة، أحسن من قول أحدهم ( ) بأني أرجو التوفيق في محاولتي المتواضعة هذه لاستجلاء موضوع هام من مواضيع القانون المدني الجزائري، لذا فاني لا ادعي الكمال فيما سبق له (فالكمال للخالق عز وجل) بل استبق القول لأشير الى أنها المحاولة الأولى، وهي أبعد ما تكون عن الكمال، وحسبي من ذلك اني بذلت من الجهد ما أعانني الله عليه، وان كنت قد قصرت فيشفع لي شرف القصد ونبل الغاية .

ولكي يكون بحثي شاملا للموضوع، ارتأيت اعتماد التقسيم التالي :

في الباب الأول :

تعرضت لمفهوم الاجازة بصفة عامة، وقسمته الى فصلين تناولت

في الفصل الأول :

الطبيعة القانونية للاجازة وتمييزها عن بعض النظم المشابهة

وقسمت هذا الفصل الى مبحثين :

في المبحث الأول

الطبيعة القانونية للاجازة ،وتساءلت في هذا المبحث ،هل كان القانون الروماني يعرف نظام الاجازة ؟ ثم تعرضت للاجازة في الفقه الاسلامي باعتباره مصدرا من مصادر القانون الجزائري .

في المبحث الثاني :

تناولت تمييز الاجازة عن بعض النظم القانونية المشابهة أما في الفصل الثاني :فعرضت لشروط الاجازة وأنواعها في مبحثين أيضا .

المبحث الأول . شروط صحة الاجازة .

المبحث الثاني . أنواع أو صور الاجازة .

في الباب الثاني :

تعرضت لنطاق أو ميدان الاجازة ،وقسمته بدوره الى فصلين .

الفصل الأول . تقسيم البطلان ،للتعرف على أي نوع من البطلان ترد الأجازة

المبحث الاول . ماهية البطلان وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة

المبحث الثاني . أنواع البطلان في كل من النظرية التقليدية والحديثة

الفصل الثاني . تساءلت فيه عن البطلان الذي تلحقه الاجازة ،وهنا في مبحثين .

المبحث الأول . الاجازة والعقد الباطل

المبحث الثاني . الأجازة والعقد القابل للابطال

وخصصت أخيرا الباب الثالث لآثار الاجازة ،وأدرجت تحته فصلين تساءلت في أولهما عن آثار الاجازة بالنسبة الى المتعاقدين وتناولت في ثانيهما آثار الاجازة بالنسبة الى حقوق الغير .

أما خاتمة الموضوع ،فقد حاولت فيها تلخيص أهم المسائل التي أثارت انتباهي تلخيصا مركزا ومختصرا .

ولا يسعني الا أن أعيد للأذهان حكمة العماد الأصفهاني التي أوردها في مقدمة معجم الأدباء (اني رأيت أنه، لا يكتب انسان كتابا في يومه ،الاقال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ،ولو زيد كذا لكان يستحسن ،ولو قدم هذا لكان أفضل ،ولو ترك هذا لكان أجمل .وهذا من أعظم العبر ،وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر).

البـــــاب الأول

مفهــــوم الاجـــــازة بصفـــة عامـــة :

وأتنـاول فى هــذا البـاب دراسـة الطبيعـة القـانونيـة للاجازة وتميـزها عــن بعض النظـم المشـابهــة ،ثم أتصـدى لدراسـة شـروط صحـة الأجـــــازة وأنـواعهـا وعليـه أقسـم هـذا البـاب الى فصليـــن .

الفصـــــل الأول :

الطبيعـة القـانـونيـة للاجـازة وتميـيزهـا عن بعض النظم المشابهة :

وتنصب الدراسـة فى هذا الفصـل على نقطتيـن اثنتيـــــــن :

أولاهمـــــا : الطبيعـــة القـانـونيـة للاجـــازة .

ثـانيتهمـــا : تمييـز الاجـازة عـن بعض النظـم القـانونيـة التى قـد تتشـلبه معهـا .

وسـأتصـدى مبـاشـرة لدراسـة كـل منهمـا على حـــدة فى مبحـث مستقـــــل .

المبحـــث الأول

الطبيعــــة القـانـونيـة للاجـــازة :

وأورد فى هــذا المبحـث تعـريف الاجـازة ،كمرحلـــة أولى ،أردفها بتحـديد صـاحب الحـق فيهـا ،فى مـرحلـة ثـانيـة ،ومن هذه وتلك ستتجـلي لنـا ـ فى مرحلة ثـالثـة ـ واضحـة طبيعتهـــا .

وبعـد كـل هـذا ،سـأحـاول البحث فى القـانـون الرومـاني وأتسـاءل عمـــا اذا كـان هـذا القـانـون يعـرف نظـام الاجـازة . وختامـا لهذا المبحـث سأعـرض للاجـازة فى الفقـه الاســــلامـــي .

المـطلـب الأول

التعـريـف بـالاجــــازة :

وسـأتنـاول تعـريف الاجـازة على ضـوء كـل مـن فقـه القـانـون الفـرنسـي وفقـــه القـانـــون العـربــي .

الفـــرع الأول

فى فقـه القـانـــون الفـرنســــي :

مـن الرجـوع الى آراء الفقهـاء الفـرنسييـن فى هـذا الصدد ،نرى مـن دون شـك ان الاجـازة ان هـي الا بمثـابـة النـزول عـن الحق فى طلب الابطـال

ممـن يملك ذلك • وعلى هـذا التعريف تـواضع جمهـور الفقـه الفـرنسي ،وهو التعـريـف الذى وضعـه كبـار رجـال الفقـه الفـرنسي (1) ،فثـمـا يقـول الفقيـه Laurent (2)
(ان اجـازة الالتـزام هي العدول عـن حق التمسك بابطـال هـذا الالتـزام المعيـب فجـوهـر الاجـازة اذن هـو النـزول عـن الحـق في طلب الابطـــال) .

وأرى مـن خـلال التعريفـات الكثيـرة التي قـد مهـا الفقهـاء الفـرنسيون كمـا يقـول Couturier (3) ان مسـألـة تعـريف الأجـازة على هـذا النحـو تعتبـر مـن المسـائل النـادرة التي يمكـننـا أن نجـد بشـأنهـا اتفـاقـا تـامـا بيـن كـل مـن الفقهـاء التقـليـد يـن مـن جهـة والفقيـهين Japiot و Gaudemet وغيرهمـا مـن الفقهـاء المحـد ثين الذ ين نحـوا نحـوهمـا مـن جهـة ثـانيـة اذ الاجـازة بالنسبـة الى هـؤلاء المحـد ثين هي أبدا النـزول عـن الحـق فى طـلـب ابطـال العقـد المعيب (4) هـذا مـا استقـرت عليـه جمهـرة الفقـه الفـرنسـي

غيـر أنـه يـلاحظ رغم ذلك ،أن هنـاك مـن الفقهـاء الفـرنسيين مـن يعـرف الاجـازة بأنهـا (تصرف قـانوني يخـول شخصـا ازالة العيوب المشـوب بهـا الالتـزام ،و التي كـان يمكـن استبعادها عـن طريق طـلـب البطـلان (5) بيـد أنـه ،اذا أمعنـا النظـر في هـذا التعريـف لوجـد ناه لا يخلـو مـن الغمـوض واللبس ،اذ منـه يفهـم أن مـن شـأن الأجـازة ازالـة كـل عيـوب التصـرف التي كـانت تشـوبـه ،بينمـا الاجـازة ،هـي تعبيـر عـن الأدارة مـن جـانب واحد ،يظهـر بهـا مـن لـه حـق طلب الابطـال رغبتـه فى النـزول عـن التمسك بـابطـال التصـرف لعيـب شـابـه (6)

---

(1) DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon: Traité des Contrats 1879 T XVI N° 723 P 627
Baudry et Barde : Traité théorique et pratique de droit civil 3è ed. T3 1908 P342
Bufnoir : Propriété et contrat : 2è ed. 1924 P 705.
Gérard de Lapradelle : le conflit de lois en matière de nullités : Dalloz1967 P

(2) Laurent : Principes de droit civil Français : 3è ed. T XVIII n° 559: (Confirmer u obligation, c'est renoncer au droit que l'on a d'en demander la nullité en raiso vice dont elle est atteinte, Ce qui fait l'essence de la confirmation, c'est donc renonciation au droit d'agir en nullité).

(3) Couturier : La confirmation des actes nuls : Paris 1972 P. 9 .

(4) Gaudemet : théorie générale des obligations : 1ère ed. 1937, P.171
Trifonescu : de la confirmation des actes nuls : thèse , Paris 1903 P. 5

(5) Aubry et Rau : Cours de droit civil Français : T. IV 6è ed. 1952 P.385 (... Acte j dique par lequel une personne fait disparaitre les vices dont se trouve entachée u obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité...)

(6) Lutzesco : Essai sur les nullités d'actes Juridiques à caractère patrimonial (étuc droit Français), thèse, Paris 1938 P. 367.

وتظهر أهمية الخلاف (1) في حالة ما اذا كانت دعوى الابطال حقا ثابتا لا لفرد واحد، بل لعدة أشخاص. فاذا فرضنا أن التصرف لم تتم اجازته الا من طرف شخص واحد من هؤلاء، فانه بمبادرة من الآخرين، يمكن هدم التصرف.

ومن هنا نرى أن غاية الاجازة، ليست هي تطهير التصرف من كل ما يشوبه من عيوب، كما يرى أصحاب التعريف السابق، بل أن غايتها تتمثل فقط في حرمان المجيز من التمسك بالحق في الأبطال.

الفرع الثاني

في الفقه العربي :

على غرار الفقه الفرنسي، يرى الفقهاء العرب أن: (الاجازة هي اتجاه ارادة المتعاقد الذي تقررت لمصلحته قابلية العقد للابطال نحو النزول عن الحق في طلب ابطال العقد، ويترتب عليها زوال هذا الحق وصيرورة هذا العقد غير قابل للابطال) (2).

وفي هذا المعني وان اختلفت الألفاظ، أورد الفقهاء العرب تعريفاتهم للاجازة (3) الأمر الذي يجعلني لا أرى ضرورة ايراد تعريف كل كاتب في هذا الصدد.

---

(1) B. Teyssié : Confirmation des actes nuls : Jurisclasseur civil mis à jour en 1978, fascicule 149.150

2 ـ سليمان مرقس: شرح القانون المدني ج 2 في الالتزامات ص204 فقرة 227 القاهرة بدون تاريخ.
سليمان مرقس. نظرية العقد . ص313 فقرة 246 القاهرة 1956

3 ـ الصدة . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ص402 فقرة 240 القاهرة 1958
السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 ص516 فقرة 317
انور سلطان . مصادر الالتزام القاهرة 1970 ص 184 فقرة 201 والمبادئ القانونية العامة بيروت 1981 ص312 فقرة 366
أحمد سلامة . مذكرات في نظرية الالتزام ج 1 مصادر الالتزام القاهرة 1975 ص155 فقرة 91 .
وحيد سوار. شرح القانون المدني ج 1 مصادر الالتزام ص 228 فقرة 327 . دمشق 1978
جميل الشرقاوي . نظرية بطلان التصرف القانوني ص384
مجلة القانون والاقتصاد . عدد 1 و 2 . 1955 السنة 25 ص175 فقرة 78.
زهدي يكن . شرح القانون الموجبات والعقود الجزء 4 ص166 فقرة 369

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بما ذهب اليه الفقه قائلة (ان الاجازة تصرف قانوني يتضمن اسقاطا لحق ....) (1)

وهكذا ، نخلص في خاتمة هذا المطلب الى ان كلا من الفقه الفرنسي والعربي على حد سواء ، مستقر على كون الاجازة هي النزول عن الحق في الطعن بالبطلان ممن يملكه ، وهو ما نتبناه كتعريف للاجازة .

المطلب الثاني

صاحب الحق في الاجازة (المجيز)

ونتناول تحت هذا العنوان نقطتين : تتعلق الأولي بتحديد شخص المجيز ، وتنصب الثانية على حالة موت المجيز .

الفرع الأول

٢٨٤٠٩٥

تحديده :

من التعريف المتقدم للاجازة ، يتبين لنا بوضوح من هو المجيز فالاجازة - كما سبق - هي النزول عن الحق في طلب الابطال ، يملكها من شرع الابطال لمصلحته لأنه هو صاحب الحق في التمسك بالابطال ، فهو الذى يملك النزول عنه (2) أما الطرف الآخر في الالتزام ، فلا يثبت له هذا الحق ، طبقا لما تقضي به المادة 99 من ق . م . ج .

(اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق) (3)

فالمجيز في فقه القانون اذن ، هو من يثبت له الحق في التمسك بالابطال وبناء عليه ، فان ناقص الأهلية ومن في حكمه ، ومن كان رضاه مشوبا بأحدى عيوب الارادة ، وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال (4) كلاهما

---

1 — صدر هذا الحكم بتاريخ 1952/2/1 . نشره محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه — ص115 القاهرة بدون تاريخ

2 — الصدة . نظرية العقد . ص402 فقرة 240

3 — ويقابل هذه المادة المادة 138 من ق . م المصرى والمادة 234 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

4 — انظر المواد من 81 الى 91 من ق . م . ج

كان لا يملك هذا الحق ،فهذا ما يقضي به المنطق القانوني كما نرى مع الأستاذ السنهوري (1) فطالما أن الأجازة هي نزول عن حق التمسك بالابطال فانه لا ينزل عن الحق الا من يملكه .

هذا كله طبقا للمادة 99 من ق م ج المذكورة آنفا ،لكن ما الوضع يا ترى في قانون الأسرة الذى جاءت بعض مواده متضمنة أحكام تصرفات ناقص الأهلية وفاقديها ؟

ونحن نقتصر في هذا المقام على من تصدر منه الأجازة اذا كان تصرف القاصر المميز دائرا بين النفع والضرر.

تجيبنا المادة 83 من هذا القانون بقولها ان مثل هذا التصرف يتوقف على اجازة الولي أو الوصي • ونرى أن هذه العبارة غير صائبة من جانبين .

أولا : لأنها جعلت تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوفا وكان الأولي أن تجعله قابلا للابطال ،حتى تتجانس أحكام قانون الأسرة في هذا الصدد مع أحكام القانون المدني (2) •

ثانيا :قصرت الأجازة على الولي أو الوصي ،وأغفلت اجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد ،وهو المعني بالأمر بصفة مباشرة •

ولهذين المأخذين الموضوعين ،نرى ضرورة الاسراع بتعديل تشريعي للمادة 83 من قانون الأسرة فيما يتعلق بتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر وليكن النص بعد التعديل ،كما اقترحه استاذنا علي علي سليمان (وتكون تصرفاته التي تدور بين النفع والضرر صحيحة ولكن قابلة للابطال لمصلحته ويزول الحق في ابطالها اذا أجازها وليه أو وصية قبل بلوغه سن الرشد أو اجازها هو بعد بلوغه سن الرشد (3).

---

1 — السنهوري — الوسيط • ج 1 • ص 516 فقرة 317

2 — لم تأخذ القوانين العربية بنظرية العقد الموقوف (ماعدا القانون م العراقي) وسنعود اليها في حينها

3 — انظر مقالا للدكتور علي علي سليمان في مجلة الشرطة العدد 25 • ص 52 (تعليق حول قانون الأسرة)

الفـــــرع الثـــــانـــي

مـــوت المجيـــز :

اذا مات صاحب الحق في ابطال العقد أو اجازته ، قبل أن يطلب ابطاله او اجازته ، فهل ينتقل هذا الحق الى وارثه ؟

تكون الأجابة عن هذا التساؤل برجوعنا الى المبادئ القانونية العامة للوقوف على معنى الخلف العام والخلف الخاص ومعرفة ما اذا كان الوارث ينتقل اليه ما كان لمورثه من حقوق ·

فبالنسبة الى الخلف العام

فقد نصت المادة 108 من ق م ج على ما يلي (ينصرف أثر العقد (1) الى المتعاقدين والخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث (2) ·

فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء غير معين منها باعتبارها مجموعة من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها ·

- فالوارث خلف عام للمورث لأنه يخلفه في مجموع أمواله اذا كان هو الوارث الوحيد ، أو في جزء من هذا المجموع اذا تعدد الورثة ·
- والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثلث أو الربع ، خلف عام للموصي لأنه يخلفه في جزء من مجموع ماله ·

فالعبرة في الخلف العام أنه يخلف السلف في مجموع من المال (3) والحقوق التي ينشئها العقد تنتقل الى الوارث بعد موت مورثه ، فيما عدا الأحوال التي استثناها نص القانون ·

أما الخلف الخاص :

فقد نصت عليه المادة 109 من ق م ج المقابلة للمادة 146 من ق م المصري معنى ولفظا وهو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات او في حق عيني عليها (4)

---

1 ـ سقطت من هذا النص كلمة أثر (العقد)

2 ـ تقابلها المادة 145 من ق م المصري مع اختلاف في الأسلوب ·

3 ـ انظر السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 5 ص 10 وما بعدها طبعة 1967

4 ـ راجع السنهوري الوسيط ج 1 ص 546 فقرة 35 ·

فالمشترى خلف خاص للبائع في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة ، وفي حوالة الحق ، يكون المحال له خلفا خاصا للمحيل فيما أحاله اليه من حق ، وهو استخلاف في حق شخصي .

هذا ، والخلف العام أو الخاص على السواء لا يعتبر من الغير اذ ينصرف أثر العقد اليه ، ولكن ما يعنينا في هذا المقام ، هو الخلف العام ، اذ تنتقل الحقوق التي ينشئها العقد الى الوارث بعد موت سلفه . أما بالنسبة الى الالتزامات فنجد أن هذه القاعدة تصطدم بمبدأ تقرره الشريعة الاسلامية في هذا الصدد وهو مبدأ (لا تركة الا بعد سداد الديون) فالالتزام المترتب عن عقد أبرمه المورث لا ينتقل الى الوارث ، بل يبقى في التركة الى حين انقضائه ، ولا تنتقل التركة اليه الا بعد أن تصبح خالية من كل دين .

ومن هذا كله نستنتج أن كلا من الحق في الابطال والحق في الأجازة ينتقل الى الوارث ، باعتبارهما حقين متعلقين بالمال ، فاذا كان للوارث حق طلب ابطال العقد بعد وفاة مورثه فان له من باب أولى ، أن يتنازل عن حقه ذاك بالاجازة ، فيصبح العقد باتا ، وذلك مع مراعاة ما أوردته المادة 108 من ق م ج السابقة الذكر ، من تحفظات يمكن تلخيصها في نقاط ثلاث .

1 ـ اذا اتفق المتعاقدان على ذلك : فقد يتفق المتعاقدان على عدم انتقال الحق الى الورثة وانقضاء العقد بمجرد وفاة أحدهما ، وبذلك لا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام . كأن يتفق البائع والمشترى على أن يمنح البائع المشترى أجلا لدفع الثمن ويقصر هذا الأجل على المشترى وحده ، فاذا مات المشترى ، وجب على خلفه العام في هذه الحالة دفع الثمن فورا .

2 ـ اذا تبين ذلك من طبيعة التعامل : فقد تقضي طبيعة العقد بانقضائه بموت أحد طرفيه ، بأن يكون منظورا فيه الى شخصية المتعاقد . ومثاله . التعاقد مع فنان معين . ومثاله أيضا ما نصت عليه المادة 439 من ق . م . ج من انتهاء الشركة (شركة الاشخاص) بموت أحد الشركاء . وكذلك ما نصت عليه المادة 586 من نفس التقنين على انقضاء الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل .

3 ـ اذا نص القانون على ذلك : فقد يقضي القانون بألا يحل الخلف العام محل سلفه في حق معين من حقوقه ، مثلما هي الحال في حق الانتفاع الذى ينقضي قانونا بوفاة المنتفع ولا ينتقل الى الخلف العام (المادة 852 من ق . م . ج) والمرتب لمدى الحياة فانه ينتهي بانتهاء حياة الشخص المقرر له المرتب (م 617 م . ج) .

هذا ، ويلاحظ أن بعض الشرائع ، قد نصت صراحة على انتقال دعوى الأبطال الى الورثة ، كالمشرع اللبناني الذي يقضي به في المادة 234 من قانون الموجبات والعقود ، قائلا : (ان الحق في اقامة دعوى الابطال لا يكون الا للاشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم من خرق بوجه خاص عن هذا الحكم الذين عاقدوا هؤلاء الأشخاص وينتقل هذا الحق الى ورثة صاحبه) (1)

كما أن محكمة النقض المصرية ، تبنت القول بانتقال حق الأبطال الى الورثة في حكم لها صادر بتاريخ 1958/02/27 يقضي بأنه (متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع ، قابلة للابطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة 111 من القانون المدني (المصري) ، فان للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الأبطال بواسطة من يمثله قانونا كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول اليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه . واذا كان موضوع طلب الأبطال تصرفا ماليا فانه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته) (2) .

فاذا كان الأمر كذلك بالنسبة الى انتقال حق الابطال الى الوارث فاننا كما سبق أن قلنا ، نرى أنه من باب أولى أن ينتقل حق الأجازة اليه أيضا عن طريق تنازله عن دعوى الابطال التي ثبتت له ، اذ ليس من شأن الأجازة أن تضيف جديدا للعقد ، وانما تكمن مهمتها في تقوية عوامل الصحة فيه وتأكيد ما أنتجه من أثار في الفترة ما بين انعقاده وصدور الاجازة . وبالتالي ابعاد عوامل الفناء عنه .

والآن ، بعد أن أوردنا تعريف الاجازة في المطلب الأول ، وتناولنا صاحب الحق فيها في المطلب الثاني نخصص المطلب الثالث لطبيعة (أو ماهية) الأجازة .

---

1 — يلاحظ أن الشطر الأول من هذا النص يقابل في معناه ما أورده المشرع الجزائري في المادة 99 من . ق . م . ج

2 — اشار الى هذا الحكم : عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف . ص 200 هامش 1 دار النهضة العربية . 1969 .

المطلب الثالث

طبيعة الاجازة :

اذا اختلفت آراء الفقهاء في مسائل كثيرة ، فان مسألة طبيعة الاجازة توحدهم من بعد شتات . فالفقه العربي والفرنسي على السواء يجمع (1) على أن الاجازة تصرف قانوني يصدر من جانب واحد ، اذ تتم بارادة منفردة هي ارادة من شرع له حق طلب الابطال ، ويرمي الى احداث أثر قانوني هو النزول عن الحق في طلب ابطال العقد .

ويترتب على طبيعة الاجازة هذه نتيجتان هامتان :

1 — ليست الأجازة بحاجة الى اقترانها بقبول العاقد الآخر (2) بل تحدث أثرها حتى دون علم هذا الطرف بها ، اذ الهدف منها ليس خلق التزام جديد ، ولا انهاء التزام سابق .

2 — عدم استطاعة المجيز الرجوع عنها (3) بحجة أن العاقد الآخر لم يرض بها ، فهي كما ذكر اعلاه ليست في حاجة الى ذلك .

وقد صدرت عدة أحكام من القضاء الفرنسي والمصري تؤكد ذلك ، منها حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 01 / 02 / 1952 ، الذى قضي بأن (الأجازة وهي اسقاط لحق ، تصرف قانوني من جانب واحد لا يشارك فيه الغير) (4) ، وفي نفس المعنى توالت أحكام المحاكم ومحكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة 1840 (5)

---

1 — انظر : السنهوري : نظرية العقد . ص 668

الوسيط ، ج 1 ص 516 فقرة 317

سليمان مرقس ، نظرية العقد . ص313

أحمد سلامة ، مذكرات في نظرية الالتزام ص155 فقرة 91

Larombière : Théorie et pratique des obligations : Paris 1885 P. 356
Trifonescu : de la confirmation des actes nulls : thèse Paris 1911 P. 85 – 88
Lutzescu : op cit P. 376 -- Baudry et Barde : op cit P. 343 n° 1986.
Martin de la moutte : l'acte juridique unilatéral, thèse Paris 1951 P. 127
Gaudemet : théorie générale des obligations, Paris 1937 P.171
Planiol et Ripert : traité pratique du droit civil Français T.4 2è ed. 1952 P.390 n°
J.Flour et J.L. Aubert : les obligations, Paris 1975 P.262 n° 339.
DUPEYRON : op cit P. 224 n° 321.

2 — Larombière : op cit P. 356

3 — Ghestin : traité de droit civil : les obligations, le contrat Paris 1980 P.682 n° 370 – P.Raynaud : La renonciation à un droit P.773, R.T.D.C.19

4 — أشار الى هذا الحكم ، محمد كمال عبد العزيز . المرجع السابق ص 115

5 — هذه الاحكام مذكورة في مؤلف (غستان) السابق الذكر ، ص701 في الهامش.

من هذا كله ، يبين لنا ان الاجازة تصرف من جانب واحد . غير انه قد يحدث ان يستوعب عقد من العقود هذه الاجازة ، في هذه الحالة تكون الاجازة في غالب الاحيان بمثابة صلح بين الطرفين بموجبه يحصل المتنازل عن حقه في طلب الابطال على مقابل او تعويض معين (1).

هذه هي طبيعة الاجازة : عمل قانوني من جانب واحد ينزل بمقتضاه احد المتعاقدين عن الحق في التمسك بابطال التصرف المعيب . فهي اذن تعبير عن الارادة ، وهذا رغم ان المشرع الفرنسي قد وضع نص المادة 1338 من قانونه المدني في الفصل الخاص باثبات الالتزام، الامر الذي ثار حوله جدال فقهي — كما سنرى في حينه — اما مشرعنا المدني فقد اورد نص المادة 100 المقابلة للنص الفرنسي المذكور ، تحت عنوان بطلان العقد في القسم الثاني من الباب الاول من ق.م.ج .

والان بعد ان فرغنا في المطالب الثلاثة السابقة من تعريف الاجازة وصاحب الحق فيها ، وتبيان طبيعتها ، فاننا لا نرى مناصا من التعرض في مطلب رابع وخامس لما كان عليه الوضع في القانون الروماني بصدد موضوع بحثنا ، ثم لدراسة الاجازة في الفقه الاسلامي باعتبار الشريعة الاسلامية هي المصدر الثاني لقانوننا المدني .

المطلب الرابع

هل كان القانون الروماني يعرف نظام الاجازة ؟

لقد اعتبرت نظرية الالتزام في القانون الروماني من اروع ما انتجته قرائح الفقهاء في مختلف العصور . وقد قدر لهذه النظرية الخلود في اسسها ، فهي النظرية التي تقوم عليها احكام الالتزام والتعاقد في كل من القانون الفرنسي والالماني والايطالي ، وغيرها من القوانين الحديثة (2). وفي هذا المعنى يقول

1— انظر Ghestin: المرجع السابق ص 702 فقرة 817 حيث يقول :
(Cependant la renonciation peut-être absorbée dans un contrat. Il s'agira généralement d'une transaction dans laquelle la renonciation au droit d'agir en nullité recevra une compensation quelconque).

2— انظر في تفصيل ذلك : شفيق شحاته : نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، ص 6 فقرة 6 طبعة 1963 . راجع ايضا : عبد السلام الترمانيني : محاضرات في القانون الروماني ، طبعة 1964 .

انظر كذلك بالفرنسية :

E.Didier - Pailhé : cours élémentaires de droit Romain, P.253-254 2è ed. Paris 1821
Eugène Petit : traité élémentaire de droit Romain, P. 277 n° 262 9è ed. Paris 1925.

الأستــــــاذ : (1) Eugène PETIT

(La théorie des obligations est celle que les Romains ont menée au plus haut point de perfection... Grace à leur influence, les règles des obligations, soustraites de bonne heure au formalisme primitif, s'élargirent au point qu'elle ont fini par constituer un fond commun, applicable à des peuples de moeurs et de civilisations différentes. Aussi, malgré la place importante qu'elle occupe dans le droit, les législateurs modernes ont pu accepter cette théorie dans ses éléments essentiels, telle que les Romains l'avaient conçus).

وقد انتقلت الينا هذه النظرية عن طريق القانون الفرنسي • ولذلك فان قانوننا المدني الوضعي النافذ الآن لايزال مدينا بالكثير للفقه الروماني •

هل كانت نظرية الالتزام الرومانية هذه تعرف الأجازة ؟

للاجابة عن هذا التساؤل نرى مايلي :

ان القانون الروماني كان يجهل طيلة مراحل تطوره مبدأ سلطان الارادة (2) فالارادة لاتكفي بذاتها لانشاء التصرف القانوني وهي أيضا عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره • والشراح سواء كانوا عربا أو اجانب مجمعون (3) على أن القانون لايرتب آثار التصرف القانوني على الارادة ذاتها Voluntus بل على الشكلية • فآثار التصرف لاتنتج عن توافق الارادتين بل عن الالفاظ والاجراءات الشكلية التي يقوم بها العاقدان، ولهذا قيل بحق بأن الصيغ والطقوس هي التي تنشىء الحق : (Le rite crée le droit)

ويستدلون على ذلك بالعبارة الواردة في قانون الالواح الأثني عشر (اللوح السادس، الفقرة الأولي) ، التي تقول • (حينما يقوم الشخص بعمل عقد قرض أو بعمل اشهاد ، فان ما أعلنه رسميا بلسانه يكون هو القانون) (4)•

---

1 راجع: Eugène Petit : OP. cit : P.277 n° 262

2 — انظر• صوفي أبو حسن أبوطالب • ابحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني • ص6 طبعة 1964
انظر ايضا لنفس المؤلف • بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ص 158 — مكتبة نهضة مصر بدون تاريخ
راجع كذلك : Girard : Manuel élémentaire de droit Romain P.461 Paris 1929

3 Gaudemet : Cours de droit Romain approfondi : P.108 Paris 1949-1950-
E.Petit: OP.Cit. P.282 n° 268-DIDIER-PAILHE: OP. Cit P.263
انظر كذلك السنهوري، الوسيط ج 1 • ص142 فقرة 42

4 — أشار الى هذه القاعدة • صوفي حسن ابوطالب ابحاث في مبدأ سلطان الارادة • ص 19 وأصلها :
Cum nexum faciet mancipiumque uti ligua, nuncupassit, ita just esto.

وكنتيجة لما سبق ،كانت العقود في القانون الروماني القديم شكلية فقد كان الشكل كافيا لتكوين العقد • أما توافق الارادتين فلا يكون عقدا ولا ينشئ التزاما • وتبعا للشكل المطلوب ،كانت العقود على ثلاثة أنواع •

1 — عقد يتم بوزن صوري : Nexum

2 — عقد كتابي : Litteris

3 — عقد لفظي : Verbis

وهذا ما يجعلنا نقول مع بعض الفقهاء (1) ان المبدأ في القانون الروماني كان هو سلطان الشكل لا سلطان الارادة (2) فمتى تم العقد الشكلي وفقا للقانون ،فانه لا يجوز الطعن فيه لأى عيب من العيوب ،فآثار التصرف القانوني تترتب بمجرد تمام الأجراءات الشكلية حتى لو كانت الارادة معيبة أو كانت بدون سبب أو كانت غير مطابقة لحقيقة ما قصد اليه من عبر عنها (3) هذا ولم يظهر مبدأ سلطان الارادة في الشرائع الغربية الا في العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة (4) •

ومادام الأمر كذلك ،فانه يصعب القول بأن القانون الروماني يعرف نظام الاجازة ،وهو القانون الذى لم يكن يعير الارادة اهتماما وخاصة في حالة عيوب الارادة التي هي الميدان الطبيعي الذى ترد عليه الاجازة في القانون الحديث • فما هو موقف القانون الروماني من هذه العيوب ؟ وما أثرها على التصرف القانوني ؟

---

1 — انظر • محمد حسنين • الوجيز في نظرية الالتزام ص 15 طبع بالجزائر 1983

2 — والامر يختلف اليوم تماما ،فالشكل في القانون الحديث لا يغني عن الارادة ،بل ينبغي أن يقترن بها ،فهو ركن اضافي يلزم توافره فوق الأركان الاخرى اللازمة لانعقاد العقد •

3 — انظر صوفي حسن ابوطالب • ابحاث ••• ص 7

شفيق الجراح • دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها ص 347

4 — صوفي حسن ابوطالب • بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني • ص 158

أولا : موقف القانون الروماني من عيوب الارادة :

لم يكن القانون الروماني يعرف نظرية عامة وكاملة لعيوب الارادة (1) وان كان لا يجهل وجود العيوب الاربعة التى يعرفها قانوننا المدني الحالي (الغلط – التدليس – الاكراه – الاستغلال) لكنه كان يعالجها بطرق مغايرة فلم يكن القانون الروماني يرتب على وجود الاكراه مثلا أو التدليس أى أثر على صحة العقد (2) فقد كان هذا القانون يجهل فكرة العقد الباطل بطلانا نسبيا (3) فالتصرف القانوني اما أن يكون صحيحا اذا اكتملت له سائر شروطه، واما أن يكون باطلا اذا تخلف أحد هذه الشروط، ولا يمكن تصحيح البطلان (4) فلم يكن القانون الروماني يعرف نظرية عامة لعيوب الارادة.

ثانيا : كيف كان القانون الروماني يعالج عيوب الارادة :

1 – الغلط Error: كان الرومان كما أوضحنا سابقا يقولون على الصيغة التي تم فيها العقد، دون الاكتراث بأغراض المتعاقدين فاذا ما صيغ العقد فى القالب الذى أعد له، صح الالتزام، ولا يلتفت الى ما يدعي فيما بعد من غلط.

غير أن هذا المبدأ زال وقام محله مقامه مبدأ جديد فى نهاية عصر الجمهورية، وهذا المبدأ يبني على ضرورة احترام ارادة العاقد وأقرت فى هذا العهد القاعدة القانونية القائلة :

(من وقع فى الغلط لا يصح تعاقده Celui qui est dans l'érreur, ne peut pas contracter)

او بعبارة أخرى (لم يرض من غلط : Non consentiunt qui errant)

(1) G. May : Eléments de Droit Romain : 2è ed. Paris 1892 : P.219 n° 117
R. Monier : Manuel élementaire de droit Romain : T2, Paris 1957 n° 49 et S.
J. Gaudemet : le droit privé romain : Paris 1974 P.372.

(2) E. Petit : op.Cit : P.294 n° 285.

(3) Giffard : op.cit : P.183 n° 270.

(4) – راجع عبد المنعم بدر • مبادئ القانون الروماني
ص 539 فقرة 618

وبالرغم من هذه القاعدة الجديدة فان الرومان ظلوا يعتمدون على مبدئهم القديم في الأخذ بالمظهر الخارجي للارادة في التعاقد ، دون التعمق في نفسية المتعاقدين والتعرف الى ارادتهم (1) بيد أنهم مع ذلك ، اعترفوا بالغلط في الحالات التي يكون فيها الافصاح عن الارادة غامضا Ambigu وهي حالات تمنع من تحقق ركن الرضا ، وتجعل العقد بالتالي باطلا بطلانا مطلقا (2) ، اذ كانت هذه الحالات تؤدي الى انهيار ركن من أركان العقد ولذلك فانه لا يمكن القول بأن الرومان قد عرفوا الغلط على أنه عيب يختل بسببه الرضا بعد أن يكون قد تم انعقاد العقد (3).

وتتلخص حالات الغلط المبطل للعقد بطلانا مطلقا في القانون الروماني في أربع هي (4) :

ا — الغلط في شخص العاقد : error in persona

ب — الغلط في موضوع العقد : error in corpore

جـ — الغلط في طبيعة العقد : error in negotia

د — الغلط في جوهر الشيء : in substantia أو في مادته in materia (5)

هذه هي الحالات الأربع للغلط المبطل في القانون الروماني والبطلان هنا على ما نرى بطلان مطلق ، لان الغلط يمنع انعقاد العقد ، فهو يرد اما على أحد طرفي العقد ، أو على محله أو على طبيعته . أما الغلط في صفة من صفات الشيء ، ولو كانت من الصفات الدافعة الى التعاقد ، فانه لا يؤثر في صحة العقد (6) أي أنه فيما عدا الأحوال الاربع للغلط المبطل للعقد فان ما عداها من حالات ، لا يبطل الغلط فيها العقد ، ولا يكون له أثر على التصرف .

---

1 — انظر زهدي يكن . شرح قانون الموجبات والعقود ج 4 ص 7 بيروت طبعة 1962

2 — Didier-Pailhé : op.cit P.276. Monier : op.cit n° 63
Ghestin : la notion d'erreur dans le droit Positif actuel: Paris 1963 P.9 n° 9.

3 — شفيق شحاتة . المرجع السابق . ص 365 فقرة 441

4 — لتفصيل هذا الموضوع راجع . عبد المنعم بدر . المرجع السابق ص539 فقرة فقرة 618
شفيق شحاتة . المرجع السابق . ص369 فقرة 442 زهدي يكن المرجع السابق . ص 7
انظر ايضا بالفرنسية G. May : op.cit :P.220. Giffard:op.cit:P.184: n° 273. E.Petit:op.cit P.293 n° 279

5 — قارن المادتين 81و82 ق م ج اللتان تجعلان العقد قابلا للابطال للغلط اذا كان جوهريا .

6 — Didier-Pailhé:op.cit : P.276. E. Petit:op.cit : P.293 n° 279

وبناء عليه ،فانه لا مجال للحديث عن اجازة العقد بسبب الغلط فالعقد اما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا بسبب الغلط في الحالات الأربع السابقة الذكر واما أن يكون العقد صحيحا رغم وجود الغلط ،خارج تلك الحالات . فاذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا فانه لا يمكن اجازته ،واذا كان صحيحا ،فلا تتصور أيضا اجازته .

لكن هل يبقي المتعاقد الواقع في الغلط الذي يؤثر في صحة العقد ملتزما بالتصرف الذي أجراه ؟

ان القانون المدني الروماني ،يعتبر العقد صحيحا في مثل هذه الحالة وبالتالي يلزم المتعاقد بتنفيذ التزامه رغم وجود الغلط .
غير أن البريتور Le préteur رأى أن العدالة لا تقبل ذلك ،فتدخل لسد ما في القانون المدني من نقص ،ومنح حماية لمثل هذا المتعاقد ،بأن أعطاه (دعوى اعادة الشئ الى أصله بسبب الغلط : restitutio in integrum ob errorem (1)
وهكذا يكون للمتعاقد الذي وقع في الغلط غير المؤثر في صحة العقد أن يستند الى الأمر البريتوري (2) طالبا اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد حتى يتسنى له التحلل من التزاماته الناشئة عن ذلك العقد .
ونحن نرى - في الواقع - أن تنفيذ الأمر البريتوري هذا ،يقترب من دعوى الابطال اذ يؤدي الى نفس الحل الذي تؤدي اليه دعوى الابطال في القانون الحديث (3)
ولعل هذا ما أدى ببعض الفقهاء (4) الى القول أن القانون الروماني كان يعرف نوعين من البطلان ، بطلان مدني nullité civile ينص عليه القانون المدني الروماني ،وبطلان بريتوري nullité prétorienne يقضي بها البريتور في حالة لجوء المتعاقد الواقع في الغلط غير المؤثر في صحة العقد الى القضاء . طالبا اعادة الشئ الى أصله .

---

1 - شفيق شحاته . المرجع السابق . ص 371 فقرة 449 .

2 - البريتور هو حاكم قضائي كان يعين لمدة سنة ،وعند تولي كل بريتور شؤون القضاء ،كان يصدر منشورا متضمنا القواعد التي يتبعها في قبول الدعاوى التي ترفع أمامه . وكانت هذه القواعد تتميز بقدر كبير من المرونة والتبسيط لقواعد القانون المدني الروماني التي كانت تتميز في كثير من النواحي بالجمود والصرامة ومع الزمن تحول منشور البريتور الى منشور دائم وتم جميع القواعد التي تضمنها وعرفت بالقانون البريتوري (حبيب ابراهيم الخليلي .المدخل للعلوم القانونية - طبع بالجزائر سنة 1980 ص 119 هامش)

3 - انظر المادة 103 ق . م . ج التي تتكلم عن اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد

4 - G.Ripert et J. Boulanger : Traité de droit civil. T 1 Paris 1956 n° 626 I

لكن اذا افترضنا أن المتعاقد لم يستعمل دعوى اعادة الشئ الى أصله ،والتزم بالتالي بالعقد الذي ابرمه وهو تحت تاثير الغلط ، فهل يمكن أن نقول أنه أراد بذلك أن يجيز التصرف؟ يكون جوابنا كالتالي :

أ — ان العقد من جهة هو عقد صحيح طبقا للقانون المدني الروماني والاجازة لاترد على عقد صحيح .

ب — ان دعوى اعادة الشئ الى أصله ، هي دعوى من خلق البريتور فقط وتنازل المتعاقد عن التمسك بها ،لم يقل أحد . فيما نعلم انه يعد اجازة ، مادام العقد صحيحا قانونا .

2 — الاكراه Metus :

كان القانون الروماني يعتبر الأكراه جريمة مدنية ،لكنه لا يؤثر في صحة العقد طبقا للقانون المدني (1) فالعقد الذى يتم تحت تأثير الاكراه عقد توافرت فيه جميع أركانه .لكن اذا كان الخوف الذي يتولد في نفس العاقد ناتجا عن تهديد ،فان من صدر منه هذا الفعل ،يكون مرتكبا لجريمة مدنية تنشأعنها دعوى جنائية .

فالاكراه اذن لا يمنع من انعقاد العقد صحيحا ،اذا وجد اتفاق الطرفين وتوفر الشكل المطلوب،اذكان أمام المكره أن يختار بين أمرين : فاما أن يتحمل الاكراه ،واما أن يرضي بالتصرف الذى فرض عليه . ومادام قد رضي بالتصرف فلا عبرة بالاكراه ،وبالتالي يلتزم بالعقد الذى يعتبر صحيحا ،بحيث لا يمكن القول بانتفاء رضائه (2) ،ومما ذكر،نستنتج أن الاكراه لم يكن يعيب الرضا فى القانون المدني الروماني ،على خلاف ماهو عليه فى قانوننا الحديث (3) وفى القانون المدني الفرنسي (4) رغم أن هذا الأخير نقل عن القانون الروماني .

---

1 — انظر في هذا الموضوع : G. May : op.cit P.221 n° 118
Monier : op cit n° 49. Didier-Pailhé op cit P.275. Giffard : op cit P.185 n° 274

راجع ايضا . صوفي حسن ابوطالب . الوجيز فى القانون الروماني طبعة 1965 ص 317
شفيق الجراح . المرجع السابق ص 347 — عبد المنعم بدر — المرجع السابق ص 517 فقرة 584

2 — G. MAY المرجع السابق . ص 223 فقرة 118

3 — انظر المادة 88/1 ق م ج ويجرى نصها كما يلي :(يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق) .

4 — راجع المواد 1109 و 1111 ومابعدها من ق م . الفرنسي

لكن تمشيا مع روح العدالة ، تدخل البريتور لحماية المكره ، فاعتبر غير صحيح ما يكون قد حدث تحت سلطان الاكراه (1).

ومنح بالتالي لضحية الاكراه عدة وسائل يتجنب بها العواقب الوخيمة للتصرف الذى انتزع منه مرغما تحت سلطان الرهبة ، وهذه الوسائل هي ما يلي .

الوسيلة الأولى : كان البريتور يمنح المكره دعوى جنائية تؤدي الى الحكم على المكره بغرامة مالية ، وتسمى هذه الدعوى (دعوى الاكراه) (actio metus causa).

الوسيلة الثانية : كان للمكره أن يطلب اعادة الشئ الى أصله وهذه الوسيلة تهدف الى تعطيل أحكام القانون المدني ، وهي عبارة عن أمر من البريتور يعتبر التصرف الصادر تحت تأثير الاكراه كأن لم يكن لأنه يجافي روح العدالة ، وهذا رغم صحة التصرف طبقا للقانون المدني ، ويطلق على هذه الدعوى :

(دعوى اعادة الشئ الى أصله بسبب الاكراه) (restitutio in integrum ob metum)

الوسيلة الثالثة : الدفع بالاكراه (exceptio metus causa)

وهو دفع يمكن المكره من مواجهة المكره ، في حالة ما اذا كان لم ينفذ الالتزام بعد ، وبها يكون للمكره الامتناع عن التنفيذ .

ونخلص الى أن هذه الوسائل البريتورية ، وان كان من شأنها أن تؤدى تقريبا الى نفس الحل الذى تؤدى اليه دعوى الابطال في القانون الحديث ، فان الدعوى الممنوحة من البريتور ليست دعوى ابطال لأن العقد صحيح طبقا للقانون المدني .

3 ـ التدليس : dolus

ما قيل بصدد الاكراه ، يصدق هنا تماما . فلم يكن التدليس حائلا دون صحة العقد في القانون المدني الروماني ، والواقع هو أن التدليس لم يعتبر أبدا عيبا في الرضا في هذا القانون (2) وان كان يعتبر جريمة مدنية كالاكراه سواء بسواء .

بيد أن البريتور ، تدخل هنا أيضا لحماية الطرف المدلس عليه . فأصبح هذا الأخير مخيرا بين أمور ثلاثة يستطيع

---

1 ـ Gaston May : المرجع السابق ص 223 ومابعدها فقرة 118 شفيق الجراح المرجع السابق ص 347

2 ـ أنظر شفيق شحاتة . المرجع السابق ص 372 فقرة 450 عبد المنعم بدر . ص 519 فقرة 587

من طريقها التخلص من التزامه الناشئ عن التصرف المشوب بالتدليس، وهي نفس ما للمكره من وسائل، لذا لا نرى جدوى من تكرارها .

هذا واذا كانت دعوى اعادة الحالة الى ما كانت عليه ، تؤدي الى نقض العقد وابطال اثره في الواقع — وهو الجزاء الذي استقر عليه القانون الحديث — (1) فان هذه الدعوى لم تعتبر ابدا في القانون الروماني دعوى ابطال لانها اذا كان من شأنها ان تؤدي الى رد الحالة الى ما كانت عليه ، فان العقد لا يعود صحيحا أبدا (2).

هل يستطيع المكره او المدلس عليه أن يجيز العقد بعد زوال الاكراه او التدليس؟

أ — ان المكره والمدلس عليه كليهما لا يستطيعان اجازة عقدهما اذ الاكراه والتدليس يعاملهما القانون الروماني معاملة واحدة، فكل منهما جريمة ، ولا يزول أثر الجريمة بالصلح حتى بعد زوال الاكراه او التدليس(3) هذا من جهة .

ب — ومن جهة اخرى ، يكون العقد المشوب بالاكراه او التدليس عقدا صحيحا طبقا للقانون المدني الروماني ، ولا يعقل حينئذ ان ترد الاجازة على عقد صحيح .

4 — الغبن: لم يكن الغبن في القانون الروماني يعتبر عيبا في الرضا(4) ، فالغبن قائم على فكرة اقتصادية ولا شأن له بعيوب الرضا ، فهو لا يؤثر على الرضا، و بالتالي على صحة العقد . والعلة في ذلك كما يرى الرومان، أنه على الرجل الراشد العاقل ان يتحمل نتائج تصرفه ، وليس له الحق في الشكوى من عمل يده (5).

غير ان البريتور ، كعادته ، مدفوعا بمبادئ العدالة، أجاز الطعن بالغبن استثناء من القاعدة العامة في موضعين (6):

---

1 — راجع المادة 86 من ق.م.ج التي تقضي بانه : (يجوز ابطال العقد للتدليس) .

2 — انظر: شفيق شحاته : المرجع السابق، ص 376 فقرة 452 .

3 — قارن القانون م.ج والقوانين الحديثة بصفة عامة، اذ يكون الابطال من حق كل من المكره والمدلس عليه ، ويستطيع كل منهما ان يجيز العقد فيستقر نهائيا (المادتان 86 و 88 من ق.م.ج) .

4 — شفيق شحاته : المرجع السابق ص 200 فقره 238 .

عبد المنعم بدر: المرجع السابق ص 42 فقرة 622 .
وربما يكون هذا هو السبب في عدم اعتبار ق.م.الفرنسي الغبن عيبا من ضمن عيوب الرضا التي نص عليها في المواد 1109 وما يليها ، وما نص عليه في المادة 1118 كعيب موضوعي في بعض العقود وبالنسبة الى بعض الاشخاص.

5 — عبد المنعم بدر: نفس المرجع والموضع.

6 — Giffard : op cit P. 52 n° 76 — J. Gaudemet : op cit P.132 — 133

1 — حالة القاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره بأن أباح له حق رفع دعوى المطالبة برد الشئ الى أصله اذا ما أصابه غبن ، ولو لم يكن ناشئا عن غش الطرف الآخر •

2 — حالة البيع ، اذ كان يمكن الاحتجاج بالغبن في البيع الوارد على عقار اذا كان الثمن أقل من نصف قيمته الحقيقية • فكان البائع دون المشترى يستطيع استرداد الشئ أو ابقاءه في يد المشترى مع تكملة الثمن •

ونختم قولنا بالنسبة الى الغبن بمايلي • مادام العقد يكون صحيحا كمبدأ عام رغم وجود الغبن ، فكيف تتصور اجازة ترد على عقد صحيح ؟

وهكذا نكون قد عرضنا للعيوب التي يمكن ان تشوب ارادة المتعاقد في مرحلة التعاقد • ورأينا أن القانون المدني الروماني لم ينظمها في نظرية عامة ، بل لم يرتب عليها بصفة عامة أى أثر على صحة العقد •
واذا كان الأمر كذلك ، فان الكلام عن اجازة العقد لعيب من هذه العيوب لا محل له في هذا القانون • وهذا مايدفعنا الى البحث عن ميدان آخر ترد فيه الاجازة في القانون الحديث ، لعلنا نعثر لها على أثر في القانون الروماني ونقصد بهذا الميدان تصرفات الصبي المميز ومن يدخل في حكمه •

<u>حكم تصرفات المميز</u>: ويعتبر الشخص مميزا اذا كان دون سن الخامسة والعشرين ، وهذا ابتداء من عهد الامبراطورية السفلى Bas empire ويمكن تقسيم التصرفات التى تصدر من هذا الشخص الى أنواع ثلاثة :

أ — التصرفات النافعة له • ويكون له حق مباشرتها دون اذن وليه ففي جميع الاحوال التي يرتب فيها العقد قبلنا التزاما على الغير فانه لا حاجة الى اذن وليه •

ب — أما التصرفات الضارة به : وهي التي تؤدى الى انشاء التزامات في ذمته ، فلا تصح الا باذن وليه (Aucteritas tutoris)

ج — التصرف الذى يحتمل الربح والخسارة : ويشترط لصحته اذن الولي أيضا ، وليس اجازة الولي كما يقول الأستاذ شفيق شحاتة (1) ، اذ هو نفسه يرى ان الاجازة عند الرومان يجب أن تكون مقارنة للتصرف ، أما الاجازة اللاحقة للتصرف فلا يمتد بها (2)

---

1 — شفيق شحاتة : المرجع السابق : ص 389 فقرة 470

2 — شفيق شحاته : نفس المرجع والموضع

وعليه نرى ،انه كان يجب على الأستاذ شفيق شحاته ان يقول أن التصرف المحتمل للربح والخسارة ،يجب لانعقاده صحيحا أن يأذن به الولي ،لأن الاجازة دائما تكون لاحقة لصدور التصرف ،وهذه الأخيرة لا يعتد بها فى القانون الروماني •

ونخلص بناء على ما تقدم ،الى أن القانون المدني الروماني لم يكن يعرف القاعدة التى تقول (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ،اذ أن الاجازة التى كان يعرفها هذا القانون ،هي الاجازة المقارنة للتصرف ،اى التي تصدر فى مجلس العقد لا بعده أما اذا صدرت فى فترة لاحقة كان العقد باطلا (1) وهي بهذه الصورة يستحسن تسميتها (اذن الولي Auctoritas Tutoris

ويلاحظ أن هذا قلناه أعلاه لا يتناقض مع قاعدة كانت معروفة فى الفقه الروماني وهي قاعدة Ratihabitio mandato aequiparatur اذ أن هذه القاعدة ظهرت بصدد الاجابة عن التساؤل الآتي : اذا أقر رب العمل عمل الفضولي ،فهل تتحول الفضالة الى وكالة ؟ فقال بعض الفقهاء الرومان بذلك فوضعوا هذه القاعدة وهذا لعمري بعيد كل البعد عن الاجازة •

خلاصة : نستنتج مما سبق ،أنه وجد فى القانون الروماني ازدواج قانوني من شأنه أن يكون تصرف ما صحيحا طبقا لأحكام القانون المدني ولكنه لا ينتج آثاره طبقا للقانون البريتوري ،اذ كان للبريتور – مدفوعا بمبادئ العدالة أن ينكر آثار التصرف القانوني الذى تم تحت تأثير التدليس أو الاكراه مثلا ،ولذا وضع تحت تصرف من شاب ارادته تدليس أو اكراه عدة وسائل تؤدى الى عدم الاعتراف بآثار التصرف ،رغم صحته طبقا لأحكام القانون المدني •

ونحن نرى أن تدخل البريتور على هذا النحو ،أدى الى ترتيب آثار هي تقريبا نفس الآثار التى تترتب على الابطال والاجازة فى القانون الحديث ،لكن هل يعتبر ذلك اجازة ؟ كلا • ويمكن تعليل ذلك بما يلي •

1 – لم يكن القانون الروماني يحفل كثيرا بالرضا ،بل كانت العقود شكلية ،والاجازة كما نعرف تصرف ارادى • فلا يمكن تصور وجود الاجازة اذا ما تم العقد فى الشكل المطلوب قانونا دون النظر الى تحقق أو عدم تحقق الارادة •

---

1 – شفيق شحاته ،نفس المرجع والموضع

[illegible] 7 وما يليها

2 – لم يكن هذا القانون يعرف نظرية عيوب الارادة ، وهي تمثل المبدأ الذي تتدخل فيه الاجازة في القانون الحديث .

3 – لم يكن هذا القانون يعرف تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي فالعقد فيه اما صحيح واما باطل بطلانا مطلقا ، والباطل لا يمكن اجازته .

4 – كان الغلط ، اما حائلا دون انعقاد العقد (في الحالات الاربع المذكورة) ، أو غير مؤثر اطلاقا على صحة العقد في غير تلك الحالات .

5 – لم يكن التدليس والاكراه يؤثران في صحة العقد طبقا للقانون المدني وإن كانا جريمتين مدنيتين .

6 – الغبن لا يؤثر كأصل عام على العقد ، اذ كان أمام العاقد قبل اقدامه على التعاقد أن يتحرى كل الظروف المحيطة به ، فاذا ما غبن فانه لا يلوم الا نفسه .

7 – كانت تصرفات القاصر المميز الضارة به باطلة الا اذا أذن بها الولي ، أي أجازها في مجلس العقد لا بعده ، فاذا ما صدرت في فترة لاحقة كان العقد باطلا .

8 – لم نعثر أخيرا على ذكر للاجازة في كل المراجع التي اعتمدنا عليها وبعضها متخصص في نظرية الالتزام في القانون الروماني .

وبناء على ما تقدم نقول أن القانون الروماني ، لم يكن يعرف نظام الاجازة الذي نعرفه اليوم ، وإن كان يعرف الاقرار Ratihabitio كإقرار رب العمل عمل الفضولي ، ففي رأي بعض الفقهاء الرومان ، يقلب هنا الاقرار الفضالة الى وكالة ، فوضعوا قاعدة Ratihabitio mandato acquiparatur وهي قاعدة قال بها الفقيه الروماني الكبير . ULPIEN .

اولا : المجيز : المجيز في الفقه الاسلامي ؛ هو كل من يملك مباشرة التصرف الموقوف(1) ؛ وعليه فقد يكون المجيز هو المالك الذي بيع ملكه دون اذن منه (1) او وليه او وكيله ، فان اجازه (3) اعتبر البائع وكيلا عنه ، فينفذ تصرفه منذ انعقاده ، اما اذا لم يجزه فيبطل وكانه لم يكن بالنسبة الى المالك ، وانما يصبح مالكا للمبيع ممن وقت اجازة المالك لذلك التصرف الذي يصبح نافذا ، اما قبل تلك الاجازة فليس للمشتري الا حق الفسخ .

وكذلك تصرف ناقص الاهلية المتردد بين النفع والضرر ، يصدر موقوفا ولكنه ينفذ باجازة من له الولاية على ناقص الاهلية ، كما ينفذ باجازة هذا الاخير نفسه بعد بلوغه سن الرشد .

كما قد يكون المجيز راشدا ابرم تصرفا وارادته مشوبة باحد عيوب الارادة التي يعرفها الفقه الاسلامي (4).

وكذلك يثبت حق الاجازة لغير هؤلاء ممن ينعقد التصرف موقوفا على اجازتهم ، كالموكل حين يجيز تصرف الوكيل في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة ، وكالشريك حين يجيز تصرف شريكه في المال الشائع ، وكالدائن الذي يجيز التصرف الصادر من مدينه المعسر اضرارا به .

ثانيا : صيغة الاجازة : (ماتتحقق به الاجازة) :

تتحقق الاجازة باعتبارها تصرفا اراديا بكل ما يفيد الرضا صراحة او دلالة ، من قول او فعل :

أ ـ فتكون باللفظ او بما يقوم مقامه كالكتابة او الاشارة ممن لا يستطيع النطق ، وهي اما صريحة اذا دلت على الرضا صراحة كأجزت او انفذت (5) او غير صريحة اذا ما دلت على الرضا بطريق اللزوم والاشارة كأن يقول : نعم ما صنعت او بارك الله فيما عملت (6) ما لم يظهر ان هذه العبارات قد صدرت عن طريق الاستهزاء ، ومرد ذلك الى القرائن .

---

1 ـ عبد الرزاق حسن فرج : المرجع السابق ، ص 213 :

2 ـ سنعرض لحكم بيع ملك الغير في القانون في مكان اخر من هذا البحث .

3 ـ يلاحظ ان الفقه الاسلامي يعبر عن الاقرار بالاجازة ، من ذلك ما جاء في القاعدة التقليدية (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ، اما في فقه القانون ، فبين الاجازة والاقرار فرق كبير كما سيتضح ذلك في حينه .

4 ـ وهي تقريبا نفس العيوب التي يعرفها القانون المدني .

5 ـ ابن قاضي سماوه : المرجع السابق ، ص 231 ، 232 .

6 ـ المرجع والموضع السابقين .

ب — وتكون بالفعل اذا ما كان أثرا للعقد وتوقفت سلامته عليه كقبض الثمن أو دفعه ، وتسلم المبيع وتسليم العين المرهونة الى المرتهن ، ونحوه مما يدل على الرضا .

وقد خصصت مجلة الأحكام العدلية ، المادتين 303 و 304 ، لبيان طرق التعبير عن ارادة المجيز فقضت أولاهما بأن : (الاجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت) . ونصت ثانيتهما على أن (الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا) .
لكن المجلة على ما نرى ، أغفلت الكلام عن الطرق الأخرى للتعبير عن الارادة ، لذا وجب الرجوع الى القواعد العامة التي اعتمدتها ، وهي في جملتها لا تخرج عن الرأي الراجح لدى فقهاء الأحناف (1)
وعليه فان الأجازة يمكن أن تتحقق باللفظ (م 303 السالفة الذكر) ، أو بالاشارة المفهومة من الأخرس (م 70) ، او بالكتابة (م 69) ، أو بالفعل الدال على الرضا (م 304 المذكورة أعلاه) .

<u>هل يعد السكوت اجازة</u> ؟ اذا كانت الاجازة تتحقق بكل ما يفيد الرضا من قول أو فعل ، فهل تكون أيضا بالسكوت عند العلم بالعقد أو بالتصرف ، أو عند مشاهدته ؟

الأصل في الفقه الأسلامي ، أن السكوت لا يدل على الرضا ، وبالتالي ليس دليلا على الاجازة ، اذ القاعدة في هذا الفقه ، أن لا ينسب الى ساكت قول .
وباعمال هذه القاعدة ، فان السكوت لا يعد اجازة قولية ، كما لا يعد فعلا من الأفعال غير أن هذا لا ينفي أنه قد يفيد الرضا وان لم يكن قولا أو فعلا . ومن الظاهر أن افادته الرضا مردها الى القرائن التي تحيط به ، والظروف التي تجعله يدل على ذلك كتسلم المالك الذي بيع ملكه بدون اذنه ، للثمن ، ثم لا يعترض على ذلك ، فيكون السكوت بيانا (2) .

---

1 — محمد الالفي : المرجع السابق : ص 134
2 — ابن نجيم : الأشباه والنظائر . ص 78 ومطبعها طبعة 1298 هـ . ذكرة : عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق . ص 211 .

وقد أخذ القانون المدني العراقي بما ذهب اليه الفقه الاسلامي فنص في المادة 1/81 منه على أنه : (لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) كما قضت المادة 42 من مجلة العقود والالتزامات التونسية بأنه (يعد السكوت رضا أو تصديقا من شخص اذا وقع التصرف في حقوقه بحضره ، أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سلوكه عذر معتبر) (1) هذا ، واذا كانت الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ، فما لا يثبت به الاذن لا تثبت به الاجازة • وبناء على ذلك ، لا يكون السكوت اجازة ولا يكون أذنا (2) الا في معرض الحاجة •

ثالثا شروط صحة الاجازة : يشترط لصحة الاجازة في الفقه الاسلامي ، قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز (في الفضالة) ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة (3)

أ ـ اما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فلأن العقد متى أجيز ينفذ من وقت صدوره أي مستندا أو بأثر رجعي ، لذا وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت •

ب ـ وأما ان عناصر التصرف تكون قائمة وقت صدور الاجازة ، فلان الاجازة لها حكم الانشاء ، ولا يتحقق الا نشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا لتحقق الاجازة ، واليك الآن كلمة موجزة عن كل شرط •

ا الشرط الأول : قيام العاقدين وقت صدور التصرف ووقت الأجازة • فلو مات أحدهما قبل صدور الاجازة من صاحب الشأن أو من له الحق في الاجازة شرعا ، لم تصح الاجازة ، ولا يقوم الورثة مقام من مات (4) ، ففي الفضالة مثلا يجب أن تصدر الاجازة من رب العمل أثناء حياة الفضولي ، لأن الاجازة تجعله كالوكيل •• هذا ، ومن باب أولى يشترط لتحقق الأجازة قيام عناصر التصرف أثناء نشوء هذا التصرف ، والا فلا مجال للحديث عن الاجازة أصلا ، اذ العقد لا يتم دون قيام عاقديه وقت صدوره •

---

1 ـ قارن هذا بالمادة 68 م • ع

2 ـ سبق التمييز بين الاجازة والاذن

3 ـ السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي : ج 4 ص 191 طبعة 1967

4 ـ فتح القدير لابن الهمام : ج 5 ص 312 و 313 •

<u>الشـــرط الثـــاني</u> : <u>أن تصدر الأجـازة حـــال بقـــاء محـــل العقـــد</u> (1)

وذ لك ليظهـــر أثـــر العقـــد عنـــد الأجـــازة ، وعلى هذا لاتصح الأجـــــازة بعد هلاك المبيع فى عقـــد البيع فى عقـــد البيع ، ففي بيع ملك الغيـــر مثلا ، يشتـــرط وجـــود المبيع لصحة الاجـــازة ، لأن الملك لا ينتقـــل من البائع الى المشترى قبـــل اجـــازتـــه مـــن المالـــك (1) فاذا أجيـــز البيع ، انتقـــل الملك مستندا الى وقت التعاقـــد ، ولا يمكـــن أن يتم ذلك اذا كـــان محـــل البيع قـــد هلك (2).

<u>الشـــرط الثـــالث</u> : <u>وجـــود المجيـــز حين صـــدور التصرف ، أو بعبـــارة أخـــرى ان تكـــون الاجـــازة ممـــن يملك انشاء التصرف</u> :

فاذا لم يكـــن للتصرف مجيـــز وقت صـــد وره ، فلا تتصـــور اجـــازتـــــه فـــورا عقـــب صـــد وره والقـــاعـــدة فى الفقـــه الأسلامـــي أن مـــا لا مجيـــز له عنـــد وجـــود لاتلحقـــه الاجـــازة ، فاذا بـــاع الفضولي (3) مـــال شخص بالغ ، فان تصرفه ينعقد موقوفـــا علـــى الاجازة لأن البالغ يملك هذا التصرف بنفسه ، فكـــان له مجيز حال صدوره ، بخلاف ما اذا تصرف الفضولي فى مـــال صبي ، ففي هذا الغرض لا ينعقد التصرف اذ ليس الصبي أهلا لمباشـــرتـــه فلم يكن للتصرف مجيز حـــال صدوره ، ومن ثم لاتلحقـــه الاجازة ، اما اذا أجـــاز وصي هذا الصبي ذلك التصرف ، فـــان اجـــازته تصح وينفـــذ البيع اذ للوصي ولاية انشـــائـــه (4).

هذا ، ويلاحظ أن مجلة الأحكـــام العدلية قد اشترطت فى المادة 378 منهـــا نفس الشروط المذكـــورة أعلاه ، قـــاضية بأنـــه (.. يشترط لصحة الأجـــازة أن يكون كـــل مـــن البائع والمشترى والمجيز والمبيع قائمـــا ، فاذا كـــان أحد المذكورين هالكـــا فلاتصح الأجـــازة).

تعقيبا على شـــروط صحة الاجـــازة [illegible] وأيضا أن من [illegible] الأجـــ[illegible] في الفقـــه الأســـلامي لأن تصدر [illegible] [illegible]

أ[illegible] أو [illegible] العدل [illegible] الأجـــ[illegible].

---

1 ـ أنت تـــرى أن الفقه الاسلامـــي لايفرق بين الاجـــازة والاقـــــــــرار ولعل الحكمـــة فى هـــذا هي أن العقـــد سواء فى حالة الاجازة أو الاقرار هـــو عـــقد مـــوقوف .

2 ـ السنهـــوري : المرجـــع السابق : ص192 ـ محـــمد أبوزهرة : الملكيـــة ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ـ ص399 فقرة 205 طبعة 1977 مصر

3 ـ السنهوري : المرجع السابق والموضـــع السابـــق

4 ـ محمد ابو زهرة : المرجع والموضع السابقين .

تعقيب على شروط صحة الاجازة : رأينا أن من شروط صحة الاجازة في الفقه الأسلامي ، أن تصدر حال حياة الأطراف وحال بقاء محل العقد . أما اذا مات أحدهم أو هلك المحل ، فلا تصح الاجازة .

غير أنه قد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد وفاة أحد الأطراف أو بعد هلاك المحل . لذا نرى مع بعض الفقهاء (1) انه يستحسن أن يجعل للاجازة حكم الاستناد فقط دون حكم الانشاء ، ويقتصر في اشتراط عناصر التصرف على وقت صدور التصرف فقط وهذا ما فعله القانون المدني العراقي الذى اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة ، فيشترط في هذا القانون وجود من يملك الاجازة وقت صدور العقد الموقوف دون وقت صدور الاجازة ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة ، وهذا ما يتضح من نص المادة 136 من هذا القانون في فقرتها الاولى : (يشترط في صحتها (الاجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة) . وقد أحسن هذا القانون صنعا .

رابعا : محل الاجازة : (1) تكون الاجازة في نوعين من العقود والتصرفات :

النوع الأول : العقود والتصرفات الموقوفة على اجازة ذوي الشأن فيها :

ويمكن تعريف العقد الموقوف بأنه العقد الذى انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكنه نقصه أحد عنصريه النفاذ أو الملك (2)

ويمكن اجمال الحالات التي يكون فيها التصرف موقوفا فيما يلي :

1 — اذا صدر من ناقص الأهلية في تصرف يدور بين النفع والضرر ، كما لو كان بيعا صدر من صبي مميز أو من سفيه أو ذي غفلة . وعند ئذ يكون العقد موقوفا على اجازة الولي ، أو اجازة ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته .

---

1 — السنهوري : المرجع السابق : ص208 وما بعدها . عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق : ص 229 و 230

2 — انظر عبد الرزاق حسن فرج : رسالته السابقة الذكر . وموسوعة جمال عبد الناصر المرجع السابق : ص 335
انظر كذلك عبد الناصر توفيق العطار . نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية : الكتاب الاول . مصادر الالتزام ص258 وما بعدها فقرة 127 طبعة 1975 القاهرة
انظر كذلك بالفرنسية : Hossein SAFFAI : La protection des incapables : Etude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays Islamiques. Thèse, Paris 1966. P.6.

ب — اذا صدر ممن ليست له ولاية عقده ،كما لوصدر من نائب تجاوز حدود نيابته ،فيكون موقوفا على اجازة الأصيل .

جـ — اذا صدر ممن باع ملك غيره ،فيكسون بيعه موقوفا على اجازة المالك الأصلي للشئ المبيع (1) وهو ما يسمى ببيع الفضولي (2)

د — كما يكون العقد موقوفا اذا صدر في محل مملوك للمتصرف ،لكن تعلق به حق للغير ،كما لوباع شخص عقارا له سبق أن رهنه لآخر ،فيقع بيعه موقوفا على اجازة الدائن المرتهن .

وكل هذه التصرفات الموقوفة ،تنعقد صحيحة لكنها لاتنتج أثرها الا اذا أجازها ((حسب تعبير الفقه الاسلامي)) ذوو الشأن في ذلك .

النوع الثاني :العقود والتصرفات اللازمة التي اقترنت بخيار فصارت غير لازمة (3)

او روعي أن لزومها يمس حق الغير ،فجعل له حق فسخها أو طلب فسخها دفعا للضرر عن نفسه ،وذلك كعقود المعاوضات التي اقترنت بخيار الشرط أو بخيار الرؤية أو بخيار العيب ،مثل الاجارة والبيع ،فان العقد يكون غير لازم ،واجازته تسقط في الحق في الاعتراض وتجعل العقد لازما .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 115 على أن : (البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات) .

هذا ،وبالنسبة الى عيوب الارادة ،فانه لاتوجد نظرية عامة متكاملة لها ،في الفقه الاسلامي . بل هي مشتتة متناثرة ،باستثناء الفقه المالكي الذى جعل العقد فيها جميعا غير لازم (4) وكما يقول الأستاذ السنهوري (5) :

---

1 — انظر المادة 111 من مجلة الاحكام العدلية : (بيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي).

2 — الفضولي في الفقه الاسلامي غير الفضولي في الفقه القانوني الوضعي ،ففي هذا الاخير ،الفضولي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلا منه فيرجع عليه بما انفق في ذلك . اما الفضولي في الفقه الاسلامي فهو من يتصرف في شئون غيره بدون ان يكون له ولاية اصداره شرعا ،كمن يبيع مالايملك من غير ولاية او وكالة .

3 — انظر في بحث الخيارات :عبد الرحمن الجزيري . كتاب الفقه على المذاهب الاربعة . المجلد 2 ص169 بيروت بدون تاريخ

4 — انظر :وهدى يكن : المرجع السابق : ص 220

5 — السنهوري : المرجع السابق . ص 281

(يعتبر المذهب المالكي أقرب المذاهب الى الفقه الغربي فى توحيد الجزاء الذى يرتبه على عيوب الارادة . فاذا وجد أحدها كان العقد غير لازم ، وفيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للاكراه).

والعقد غير اللازم هنا هو الذى يقابل العقد القابل للابطال فى الفقه الغربي (1)

خامسا : حكم الاجازة : بينا أن الاجازة فى العقود النافذة التي من شأنها أو من حكمها أن تكون لازمة وقد عرض لها عدم اللزوم بسبب ثبوت خيار فيها ، سواء أكان خيار شرط أو خيار رؤية أو خيار عيب ، يكون أثرها امضاء العقد ولزومه وسقوط الخيار بالنسبة الى من صدرت منه الاجازة (2) .

أما اذا كانت الاجازة فى التصرفات الموقوفة ، فان أثرها يكون نفاذ التصرف وترتيب أثرها عليها ، وكأنها صدرت من ذى الولاية عليها : فاذا كان قد باشرها فضولي اعتبرت صادرة من وكيل بمباشرتها (3) واذا صدرت من صبي مميز اعتبرت صادرة من الولي عليه وهلم جرا ... ولهذا قرر الحنفية أن (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) (4) ومعنى هذا أنها تجعل مباشر التصرف فى حكم الوكيل فى مباشرته (5) فتترتب على مباشرته جميع الأحكام التى تترتب على مباشرة الوكيل ويلتزم به الموكل ، مع ملاحظة أن ذلك انما يكون فى الاجازة الصحيحة المستوفية لشروطها .

وجملة القول ، أن اجازة العقد الموقوف تصيره نافذا فى جميع المذاهب . بعد هذا كله ، نتناول المدة الزمنية التي يجب أن تصدر فيها الاجازة .

المدة المقررة للاجازة : اذا سكت من له حق الاجازة شرعا ، لا يجيز العقد ولا يرده ـ كمالك فى حالة بيع الفضولي لملكه . فان العقد يبقى موقوفا حتى يجيزه أو يرده ، فليس هناك وقت معين اذا انقضى يعتبر من له الحق فى الاجازة مجيزا أو غير مجيز فلم تضع المذاهب الاسلامية مدة لصدور هذه الاجازة فى غضونها (6) .

---

1 ـ يمكن تعريف العقد غير اللازم بأنه مالم يتعلق به حق الغير وفيه خيار وبعبارة اخرى ، مما كان لكل من طرفه او احدهما حق فسخه بارادته المنفردة

2 ـ موسوعة جمال عبد الناصر : المرجع السابق : ص 333

3 ـ محمد أبوزهرة : المرجع السابق . ص399 و 400 فقرة 205 انظر ايضا . عيسوى احمد عيسوى : الفقه الاسلامي . الملكية ونظرية العقد ص 494 و 495 الطبعة الثالثة مصر 1961

4 ـ وقد نصت على هذه القاعدة المادة 1453 من مجلة الاحكام العدلية

5 ـ جاء فى المادة 1452 من المجلة ان . (الاذن والاجازة توكيل)

6 ـ انظر السنهورى . المرجع السابق ص194 عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق ص218 راجع كذلك العقد الموقوف بحث لمحمد زكي عبد البر منشور بمجلة القانون والاقتصاد فى العدد الاول والثاني مارس وجوان 1955 السنة الخامسة والعشرون ص187 فقرة 93 عبد الناصر توفيق العطار . المرجع السابق ص 259 فقرة 127

وواضح أن مثل هذا الموقف من شأنه أن يطيل أمد توقف التصرف ويجعل التعامل بين الناس في وضع غير مستقر لمدة غير محددة .

ومحاولة من فقهاء المذهب الحنفي لتخفيف أثر هذه المسألة ، منحوا حق فسخ العقد الموقوف لكل من العاقدين ، للتخلص من هذه الحالة غير المستقرة لكن هذا العلاج — على ما نرى — ليس بالعلاج الشافي لأنه يؤدي فقط الى فسخ العقد وقد يراد ابقاؤه ، بحيث أنه في هذا الفرض الأخير ، لا مناص أمام العاقدين من التريث والانتظار أملا في اجازة المالك أو صاحب الحق فيها ، وهو انتظار قد يطول اذ ليس للاجازة كما سبق وقت معلوم .

هذا ، وقد حاول الفقه المالكي محاولة أخرى ، وقرر أنه اذا باع الفضولي بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته اجازة ، وأن باع بغير حضرته وبلغه ، فسكت عاما من نفسه ، اعتبر سكوته اجازة ، فيسقط حقه في الفسخ وينفذ التصرف (1) .
بيد أنه يمكن الرد على هذا الموقف أيضا وان كان موفقا فيما يتعلق بالاجازة في حالة بيع الفضولي بأن موضوع الاجازة لا يتعلق بهذه الحالة فقط (أي حالة بيع الفضولي) ، وانما هناك تصرفات أخرى تنعقد موقوفة ، كتصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر مثلا ، فيجب اذن تحديد مدة معلومة يجب صدور الاجازة فيها ، حتى لا يعتبر السكوت اجازة ضمنية للعقد الموقوف ، لأن هناك كما سبق أن أوضحنا — حالات يعتبر فيها السكوت اجازة ، كالسكوت في معرض البيان بيان .

وهذا ما فعله المشرع العراقي في تقنينه المدني (م 136) بأن أوجب استعمال خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فقط ، ونرى أن سلوك المشرع العراقي سلوك محمود ، اذ بتقصير هذه المدة ، لا يكون هناك مجال لبقاء العقد موقوفا غير نافذ أمدا طويلا ، مما قد يؤدي الى عدم استقرار التعامل وزعزعته فترة قد تطول ما دام العقد موقوفا على اجازة صاحب الحق ، وليس لها وقت معلوم .

---

1 — محمد زكي عبد البر : المرجع والموضع السابقان

تقـديـر فكـرة العقـد الموقوف : ان الفقـه الأسـلامي في نظـــــرنـا

أصبح منطقـا مـن القـانون الوضعي ،فالمعقـول ان يقف نفـاذ العقد حتى يستكمـــل مـانقصــه ،لا أن يعتبـر صحيحـا وينفـذ رغم مـا شابه حتى يبطـل ،هذا مـن جهـــة ومن جهة أخـرى ،يترتب على مـاتقدم أن الوقف يحقق الحمـايـة المـرجوة أكـثر ممـا يحققهـا البطلان النسبي ،فالوقف يسـد باب الاضـراربمن وقف العقد لمصلحتـه ،بخــــلاف البطـلان النسبي ،فـانه يفتـح هذا البـاب ، ثـم يحـاول القـانون علاج مـا يترتب علـــى ذلك ،ولنضـرب لذلك مثـــلا : ان العقد الذى شـابه اكـراه ،عقـد قـابل للابطـــا ل في فقـه القـانون ،بينمـا هـو غير لازم في الفقـه الاسـلامي ،ففقـه القـانون يجعل هـــنا العقد نـافذا حتى يطلب المكـره بطـلانه ،بينمـا يجعلـه الفقـه الاسـلامي غيـر لازم للمكـره ،وهـذا أصح ،لأن العقـد الذى شـابه اكـراه صـدر عن ارادة غيـــر حـــرة فكـيف يكـون لازمـا حتى يقضي ببطـلانـه ؟ لاشك أن الأفضـل أن يكـون غيـر لازم حتى يفسخـه المكـره أو يجيـزه ،ومن هذا يبـدوا أن الفقـه الأسـلامي أدق نظـــــرا وأفضـــل حـــلولا .

أضف الى مـاسبق ،أنه لامجال للكـلام عن موضوع عـدم اضـرار الاجـــــازة بحقـوق الغير ،كمـا يقضي القـانون المدني ،اذ الاجـازة في هذا القـانون تـرد علـــى عقـد أنتـج أثـاره ،فيجب الأيتـرتب على اجـازتـه مسـاس بحقوق الغيـر ،وهذا مـوضـوع شـائك كمـا سنـرى ،أمـا في الفقـه الاسلامـي ،فـلاحديث عن هـذه المسألـة اذ أن العقـد الموقوف لم ينتج أى أثر قبـل اجازتـه سواء بالنسبـة الى الأطراف أو بالنسبـة الى الغيــــر ومن ثم لاتضـر اجـازتـه بـأى حق ، وبهذا يكـون الفقه الاسلامـي قد جنبنـا الخوض فـــي هـذه النقطـة الحساسة وهذا سبب آخـر لتفضيـل فكـرة وقف العقـد حتى اجـازتـــه على القـول بصحتـه ونفـاذه الى حيـن الحكـم بـابطـالـه .

وسنـورد ـ في حينـه ـ أسبـابا أخرى تجعلنا نميـل الى فكـرة العقــــد الموقوف ،لا بل ندعـو المشـرع الى الاعتـداد بها وأخذهـا بعين الاعتبـــار .

المبحث الثاني

تمييز الاجازة عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة

ان مهمة الباحث ـ في أي فرع من فروع العلم والمعرفة ـ تفرض عليه بادئ ذي بدء ، حصر موضوع بحثه في حدود معينة ، كيلا يكون ثمة مجال للبس أو الغموض أو تداخل بين شتى المواضيع .

ومهمتنا في هذا الصدد ، تضع على عاتقنا تمييز الاجازة عن بعض المفاهيم القانونية التي تثير بعض اللبس .

فبعد تعريفنا للاجازة بأنها النزول عن الحق في طلب الابطال ، نحاول في هذا المبحث تمييزها عن مجموعة من المفاهيم ، حتى تتضح لنا فكرة الاجازة بجلاء لاتشوبه شائبة لبس ، ولا يعكر صفوه أي غموض . فشتان ما بين الاجازة وتلك المفاهيم من اختلاف .

المطلب الأول

الاجازة والاقرار

يميز فقهاء القانون (1) بين الاجازة والاقرار . فالاجازة ـ كما رأينا ـ تصدر من أحد طرفي العقد ، ينزل بموجبها عن حقه في الطعن بالبطلان . أما الاقرار فيصدر من شخص أجنبي عن العقد بحيث لم يكن فيه طرفا ، يريد به أن يجعل العقد ساريا في حقه ، بعد أن كان من الغير لا يتعدى اليه أثره . فبين الاجازة والاقرار اذن خلاف ذو أوجه ثلاثة : الأول : من حيث الموضوع . الثاني : من حيث المصدر . الثالث : من حيث الأثر .

---

1 ـ السنهوري : الوسيط ج 1 ص 515 في الهامش ، الصدة نظرية العقد ص 403 . فقرة 240

مرقس : شرح القانون المدني ص 205 في الهامش وكذلك نظرية العقد ص 315

محمد سوار : شرح القانون المدني ص 228 فقرة 328

انظر كذلك حامق ذهبية . الفضالة في القانون المدني الجزائري بحث لنيل درجة الماجستير ص 191 الجزائر 1984 راجع كذلك في الفقه الفرنسي :

M.L. Larombiere : op cit P.305 - Baudry et Bardo : op cit P.343 n° 1986
Gaudemet : Théorie générale des obligations : P.172 - Valdelièvre : op cit P.3
Dupeyron : op cit P.37 n° 55 - Repertoire de droit civil, 2è ed. 1974 voire confirma
Jurisclasseur de droit civil. année 1978 voire confirmation.

الوجـه الأول : مـن حيث المـوضوع : تـرد الاجـازة ـ كمـا سنرى فى حينـه على عقـد قـابل للابطال ، من جانب من تقـررت قـانونا لمصلحتـه هذه القـابليـة أمـا الاقـرار فيـرد على عقـد صحيـح بصفـة نهـائيـة .

الوجـه الثاني : من حيث المصـدر : المجيـز طـرف فى العلاقة التعاقديـة فالاجـازة تصدر من أحـد المتعاقدين . أمـا المقـر فـاجنبى عن العلاقة التعاقديـة ولم يلتـزم بشئ بمـوجبهـا Penitus extraneus والعقد الذى تم بين طـرفي هذه العـلاقـة يعد بالنسبـة اليـه (res inter alios actâ)

الوجـه الثالث : من حيث الأثـر : يترتب على الاجـازة ـ بوجـه خـاص زوال خطر الابطـال الذى كـان يهدد العقد ، وسقـوط حق المتعاقـد (المجيـز) فى التمسك بالابطـال .

أمـا أثـر الأقـرار ، فيتمثـل فى أن العقد يصبح نـافذا فى حق المقـر بمجـرد صـدوره منـه ، فتـزول فى مـواجهتـه قـاعدة عدم السـريان ، بعد مـاكـان له حق التمسك بهـا وأهم مثـال على ذلك ، اقـرار الموكـل لتصرف وكـيله الذى جـاوز فيـه حدود وكـالته (1) فالأصل أن تصرف الوكـيل هذا لا ينصـرف أثـره الى الموكـل الذى يعتبـر فى هـذه الحالة مـن الغيـر ، وبعبـارة أخـرى يقف تصـرف الوكـيل فيمـا جـاوز حـدود الوكـالـة على اقـرار الموكـل ، فـان لم يقـره لم ينصـرف اليه أثـره (2) ، امـا اذا أقـره المـوكـل وهو الفـرض هنـا ـ فيعتبـر التصـرف نـافذا فى حقـه من يوم أن عقـده الوكـيل لا مـن يـوم الاقـرار ، فـالاقـرار اللاحق يكـون فى حكـم التوكـيل السـابق (3) .

وكـبيع ملك الغير (4) فهو قـابل للابطـال ، وفى نفس الوقت لا يسـرى فى حـق المـالـك الحقيقي ، فالمشتـرى يجيـزه ليسقـط حقه فى طلب ابطـاله (وان كـانت اجـازته له لا تصححـه) والمالك الحقيقي يقـره ليجعلـه ساريا فى حقـه . واذا أجـازه المشترى سقـط حقـه فى طلب الابطـال ، واذا لم يقـره المالك الحقيقي ، فلا يسـرى فى حقـه ، ولا تنتقـل ملكـية المبيـع الـى المشتـرى .

---

1 ـ نظم المشـرع الجزائـرى احكـام الوكـالة فى 18 مـادة ضمن ق.م.ج ابتداء من المـادة 571 الى م 589
راجع فى هذا الشـأن خاصة المادة 575

2 ـ السنهـورى . الوسيط ج 7 ، المجلد الاول . ص 459 فقـرة 249

3 ـ السنهـورى . نفـس المرجـع ص 597 فقـرة 305

4 ـ نظمـة مشرعنـا فى المواد 397 ـ 399 . وسنعود اليه فى مـوضع آخـر مـن هـذا البحـث .

أما اذا أقره ، فيسري في حقه من وقت الأقرار (1) .

هذا مايراه الفقه العربي من فرق بين الاجازة والأقرار ، وهو لعمري فرق شاسع .
بيد أننا اذا أردنا عقد مقارنة بين هذا الفقه والفقه الفرنسي من جهة ، وبين النص
القانوني العربي (الذى يتكلم عن الاجازة) ونظيره الفرنسي من جهة ثانية ، لوجدنا
مايلي .

1 — <u>بالنسبة الى النص القانوني</u> : نظم المشرع الفرنسي الاجازة في المادة
1338 من قانونه المدني ، وهو النص الذى تقابله المادة 100 ق م ج ، غير أنه
في مادته تلك خلط بين لفظي الاجازة والاقرار فاورد هما كمترادفين (2)
اذ استعملهما دون تفرقة Acte de confirmation OU de ratification رغم الاختلاف الواضح
بينهما كما تبين لنا ذلك جليا — بدعوى أن لافائدة من التمييز بينهما ، مادام
أثرهما واحدا ويتمثل في استبعاد الوسائل والدفوع التى كان يمكن الاحتجاج
بها ضد التصرف المجاز أو التصرف الذى تم اقراره (3) ، فالحكمة اذن من
ايراد المشرع الفرنسي هذين اللفظين كمترادفين ، تتمثل في عدم وجود أى
فرق بين هذا اللفظ وذاك ، فسيان أن يقال . فلان أجاز التصرف أو أقره
غير أنه لايمكن أن يخفي علينا مافي هذا القول من مغالطة .

---

1 — السنهوري . نظرية العقد . ص 665 و 666 . مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ج 4 ص 102 .

السنهوري . الوسيط . ج 7 المجلد الأول . ص 297 و 298 فقرة 166

عبد المنعم البدراوى . عقد البيع في القانون المدني ص 589 فقرة 401 . طبعة 1960 مصر .

محمد حسنين . عقد البيع في القانون المدني الجزائري . ص 194 الجزائر 1983

انظر كذلك المادة 397 / 1 ق م ج . (اذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري) .

2 - Article 1338/1 : (l'acte de confirmation <u>ou</u> de ratification...)

3 - Gazette du Palais : Repertoire encyclopédique de droit français, T III; 1890 : (Cette distinction a paru inutile, a dit M.BIGOT DE PREAMENU ; l'effet est le même que les parties disent qu'elles confirment ou qu'elles disent qu'elles ratifient : c'est d'emporter la renonciation aux moyens et exceptions que l'ont pouvait opposer contre l'acte confirmé ou ratifié

2 ـ بالنسبة الى الفقه الفرنسي : لم يقف الفقه الفرنسي مكتوف الأيدى ، ولم يتوان عن التشهير بهذه الصياغة المعيبة ، بل ثار عليها رفعا للبس والخلط اللذين يثيرهما النص فى الأذهان ، فنجد أن الفقه مجمع على ضرورة التمييز بين الاجازة Ratification والاقرار Confirmation فيقول بلسان واحد (1) :

(La ratification est l'acte par lequel une personne approuve l'engagement qu'une autre a pris en son nom sans en avoir reçu mandat).

وقد جارى القضاء الفرنسي مشرعه فى استعماله لفظ الاقرار وهو بقصد الاجازة (2) لكن هذا النسج التعبيرى المعيب لا ينبغي أن يوقعنا في الغلط ، بحيث يختلط علينا الاصطلاحان ، خاصة وأن نفس القضاء هذا ، قد قضى مرارا بأن الشروط التي وضعتها المادة 1338 لصحة الاجازة لا تنطبق على الاقرار ، الذى يجب أن يخضع للمادة 1998 (3).

شتان أذن ما بين الاجازة والاقرار من فرق . فاذا كان المجيز طرفا فى العقد ، فان المقر قبل الاقرار كان خارج العلاقة القانونية وباقراره يضيف عنصرا جديدا اليها ، الا وهو رضاؤه الذى يجعله طرفا فى التصرف أما موقف المجيز فمختلف ، فهو قد كان طرفا فى التصرف ، وساهم فى انشائه بأن أبدى رضاءه ، لكن القانون خوله دعوى لهدم التصرف المعيب ، وبالتالي التحلل من التزامه ، فان أجاز التصرف يكون قد تنازل عن حقه فى التمسك بالابطال .

هذا ، ويلاحظ أن المشرع العربي بدوره ، ما زال يخلط هو بدوره بين الاجازة والاقرار ، ويستعمل كلا من الاصطلاحين مكان الآخر ، مع أنهما ـ كما رأينا ـ نظامان قانونيان مختلفان . واليك بعض أرقام المواد التي يستعمل فيها المشرع لفظ الاجازة مكان لفظ الاقرار .

ـ المادة 77 التي تتكلم عن تعاقد الشخص مع نفسه اذا أجاز الأصيل ذلك .
ـ المادة 152 التي تقضي بأنه تسرى قواعد الوكالة اذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي .
ـ المادة 412 التي تتكلم عن بيع النائب لنفسه اذا أجازه من تم البيع لحسابه

---

1 - Bufnoir : op cit P.704 et S. - Baudry et Barde:op cit P.343 n° 1985.
Aubry et Rau : 5è ed. T.IV P.390 et S.
Ripert et Boulanger : Traité de droit civil, T.II P.274 n° 739, Paris 1957

2 ـ انظر حكم المحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 ـ 5 ـ 1852
ذكره Valdelièvre المرجع السابق ص 4

3 - Gazette du Palais : op cit voire confirmation.

كما انــه يلاحظ أن المؤلفين العرب أيضا يخلطون بين الاصطلاحين (1) ولعل العلة فى هذا الخلط راجع الى تأثر الفقه والتشريع العربيين فى هذا الصدد بفكرة الاجازة أو قل بلفظ الاجازة فى الفقه الأسلامي • اذ الواقع أن كلمة (اجازة) فى الفقه الاسلامي تنصرف الى ماينصرف اليه معني كلمة (اقرار) فى قانوننا المدني • ولهذا نجد فقهاء الشريعة الغراء يتكلمون عن اجازة بيع ملك الغير واجازة الموكل تصرف الوكيل اذا خرج عن حدود الوكالة فيقولون (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) •

لكن موقف الفقه الاسلامي هذا ـ على مانرى ـ لاغبار عليه ،اذ عنده يكون العقد موقوفا ،فتأتي الاجازة لتجعله يرتب أثرا لم يكن له من قبل لذا يستوى عندهم أن تصدر الاجازة من طرف فى العقد أو من أجنبي عنه ،مادام أثرها واحدا فى الحالتين ،اما موقف التشريع والفقه القانوني الحديث فمنتقد لما بينا من أسباب •

المطلب الثاني

الاجازة وعمل العقد من جديد

Réfection هناك فرق بين الاجازة واعادة أو عمل العقد من جديد فاعادة العقد من جديد ليست اجازتله ،اذ باجازة العقد ،يتنازل أحد العاقدين عن حقه فى طلب الابطال • غير أنه بامكان من ساهم فى انشاء عقد باطل اعادته بكيفية تبعد عنه شبح البطلان ،كل ذلك مع مراعاة ما يستلزمه القانون من شروط ،وتتحقق عملية اعادة العقد من جديد مثلا بالنسبة الى عقد مشوب ببطلان لايمكن استبعاده أو محوه بالاجازة •

---

1 ـ انظر مثلا السنهورى الذى يصرح • (يجوز أن تصدر الاجازة من المالك الحقيقي فى بيع ملك الغير) • الوسيط ج 1 ص 516 هامش 3 • مع أن الصحيح هو أن يقال يصدر من المالك الحقيقي اقرار•

ويمكن أن نتصور عملية اعادة العقد من جديد في حالة تعديل التشريع بحيث يبيح هذا التعديل ماكان محظورا ، أو في حالة ما اذا كان الحظر القانوني يخص وضعا عابرا (مثل رفع الحجر عن المحجور عليه قانونا) ، عندئذ يمكن عمل العقد من جديد ، ومعناه أن العقد الأول كان باطلا بطلانا مطلقا ، لكن بعد صدور التعديل الجديد في الحالة الاولي ، أو بعد رفع الحجر في الحالة الثانية يمكن عمل ذلك العقد ثانية مع مراعاة الشروط القانونية .

وتبدو من ثم أوجه الخلاف بين الاجازة وعمل العقد من جديد (1) فهما يختلفان من حيث الموضوع ، والشروط ، والمصدر ، والأثر .

1 — من حيث الموضوع : تسرد الأجازة على العقد القابل للابطال لتزيل عنه الخطر الذى يهدده ، وتقوى عوامل البقاء فيه ، مستبعدة عنه عوامل الانهيار والفناء .

أما موضوع اعادة العقد من جديد ، فهو العقد الباطل بطلانا مطلقا ، وهو عقد يستحيل تأكيده بمجرد الاجازة ، اذ أنه عقد غير موجود أصلا ، فيزول ويحل محله عقد جديد .

2 — من حيث الشروط : باعتبار عمل العقد من جديد اتفاقا بين الطرفين فهو اذن عقد . والعقد كما نعلم ، يستلزم الأهلية في المتعاقدين وقت ابرامه في حين يكتفي في الاجازة بتوافر الأهلية لدى المجيز وقت صدورها فقط .

3 — من حيث المصدر : الاجازة تصرف قانوني من جانب واحد بينما عمل العقد من جديد يستلزم اتفاق العاقدين من جديد على ابدال العقد الأول (وهو عقد باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة كما سنرى في حينه بعقد ثان مستوف لجميع أركانه وشروط صحته .

4 — من حيث الأثر : للاجازة أثر رجعي يستند الى تاريخ نشوء العقد ، وهذا ما يقضي به النص القانوني (2) بينما لا يرتب العقد الجديد أثره الا منذ وقت اعادته ، فلعمل العقد من جديد أثر مباشر .

---

1 — راجع في هذا الشأن . السنهوري . الوسيط ج 1 ص 515 فقرة 316
انظر كذلك . محمد عبد الرحيم عنبر . الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية . ج 6 ص 199 القاهرة 1974
انظر أيضا : ...bry et Rau:op cit P.390 et S. Valdelièvre:P.9 et S.
...lin et Capitant:op cit P.432 n° 765. – Starck : droit civil, les obligations P.501 n° 1647, Paris 1972.

2 — اى المادة 100/2 ق م ج م 139/2 ق م المصرى ق م 138/3 قم ف غيرأن الأثر الرجعي الذى تنص عليه هذه المواد محل نظر . وسيأتي هنا في وقته في الباب الأخير من هذا البحث .

فالاجازة لا تخلق العلاقة القانونية التي تربط المتعاقدين ، اذ هي كانت موجودة من قبل والذي أنشأها هو التصرف الذي أجيز Ab initio اما في حالة عمل العقد من جديد ، فان عملية التجديد هذه ، هي التي تنشئ تلك الرابطة من دون أي أثر رجعي .

وهذا الفرق الهام بين الاجازة وعمل العقد من جديد ينعكس اثره على ثمار الشيء موضوع التصرف التي يكون أحد المتعاقدين قد قبضها في فترة سابقة على الاجازة أو على عمل العقد من جديد اذ نجد أمامنا فرضين :

<u>الفرض الاول</u> : اذا أجيز العقد فالطرف المستفيد من الثمار له أن يحتفظ بها كأثر للعقد الذي تمت اجازته .

<u>الفرض الثاني</u> : عكس سابقه . فعلى من قبض تلك الثمار قبل عملية اعادة العقد من جديد ردها كمبدأ عام اذ العبرة هنا بتاريخ عمل العقد من جديد ، وليست بالتاريخ الذي حصل فيه على تلك الثمار ، فليس لهاذا الطرف أن يحتفظ بها اللهم الا اذا وجد شرط خاص في العقد الجديد يقضي له بذلك (1).

---

(1) - Weill et terré : Droit civil, les obligations, P.337 N° 308 2e Ed. Paris 1974 .

المطلب الثالث

الاجازة والانشاء والاعتراف للعقد

تختلف الاجازة أيضا عن الحالة التى يتراخى فيها انشاء العقد مع الزمن ،ففيها يكون الزمن عاملا جوهريا .

فقد يحصل أن يكون اتمام الاتفاق متوقفا على اجتماع عدة عناصر بصورة تدريجية ،بحيث يلعب الزمن دورا أساسيا فى انشاء العقد . ويمكننا أن نقول ان اتفاق الاطراف يكون فى حالة مخاض طيلة الفترة الزمنية التى يستجمع فيها عناصره ،فلا يعتد بوجود العقد الافى اللحظة التي يتم فيها الميلاد ،دون أى أثر رجعي (1) فى حين أن الاجازة ـ كما يظهر صراحة من النصوص ـ تستند الى تاريخ انشاء العقد (2)

المطلب الرابع

الاجازة والاعتراف بحق

يجب التمييز أيضا بين الاجازة والاعتراف بحق ،رغم أن هناك عاملا مشتركا بينهما ،ألا وهو أنهما يفترضان وجود واقعة قانونية سابقة . غير أن هذا الشبه لا يعدو أن يكون سطحيا ،أما الفارق بينهما فجوهرى .

فمن يعترف بالتزام يقر بأنه موجود ليس الا ،لكن ذلك لا يعني أنه يسلم به أو بصحته ،وبالتالي يتنازل عما يكون له من حق فى التمسك بابطاله . فاذا امكننا القول بأن الاجازة تتضمن اعترافا بحق ،فالأمر ليس كذلك بالنسبة الى الاعتراف ،فهو لا يحصل فى طياته معنى الاجازة (3) هذا بالنسبة الى الاعتراف بالتزام مدني .

---

(1) B. Teyssié : op cit (Jurisclasseur) : (l'obligation ne prend définitivement naissance qu'à partir du moment oû toutes les pièces du puzzle sont en place sans aucun effet retroactif).

(2) Ripert et Boulanger: op cit P.274 n° 738 .

لكن هل يتغير الوضع بالنسبة الى الاعتراف بالتزام طبيعي ؟

ان الالتزام الطبيعي ، التزام أو واجب خلقي لا وجود له قانونا ، الا اذا اعترف به الشخص الذى يقع على كاهله عبوءه ؛ وعمله هذا لا يصحح التزاما أو يؤيد صحته ، كما هو شأن الاجازة بالنسبة الى عقد مشوب بالابطال وانما يدلنا فقط على كونه ملزما خلقيا ، فيتحول الالتزام الخلقي الى التزام مدني . ومن ثم يظهر الفرق جليا بين كل من اجازة العقد والاعتراف بالتزام (1) .

المطلب الخامس

الاجازة والصلح

فصل المشرع المدني الجزائرى أحكام الصلح فى المواد من 459 الى 466 وقد ورد تعريف الصلح بالمادة 459 ق م ج (2) ، كما يلي . (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه) (3)

ونرى أن الاجازة تختلف عن الصلح بما يلي :

1 - ان الصلح - كما يظهر من النص المذكور اعلاه - عقد ، فيتطلب ابرامه اذن ايجابا وقبولا ، أى تطابق الارادتين ، أما اجازة العقد القابل للابطال فتصرف من جانب واحد ، لا يتطلب قبولا من الطرف الآخر .

2 - ان الصلح يفترض تنازلات متبادلة من طرفيه . بينما تكون الاجازة من عمل طرف واحد ، قد لا يشترط أى شيء لمصلحته .

---

1 - انظر السنهورى . نظرية العقد ص 665 - 666 هامش كذلك :
Trifonescu : op cit P. 91 - Valdelièvre : op cit P.7 et 8

2 - وتقابل المادة 549 من ق م المصرى مع اختلاف فى التعبير ونلاحظ ان النص الجزائرى ذكر النزول عن الحق ، ونرى انه كان اجدر به القول . (يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن جزء من حقه (بدلا عن (يتنازل ... عن حقه

3 - انظر المادة 1/2044 من ق م ف :
(La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître).

فاذا أثير نزاع بين المتعاقدين في جواز ابطال البيع مثلا وتصالحا ،فأجاز المشتري البيع ونزل البائع في مقابل ذلك عن جزء من الثمن فان هذه العملية تعتبر صلحا لأنها تتضمن تضحية من الجانبين (1) .

3 — من حيث أثر كل منهما . يتمثل أثر الاجازة في زوال خطر الابطال والفناء الذي كان محدقا بالعقد . أما الهدف من عقد الصلح فهو حسم نزاع شب بين الطرفين أو توقي نزاع محتمل (2) .

المطلب السادس

الاجازة والنزول عن حق

هناك اختلاف أيضا بين الاجازة والنزول عن حق Renonciation à un droit فاذا كانت الاجازة تتضمن في كل الاحوال نزولا عن حق ،فالعكس غير صحيح ،اذ أن موضوع الاجازة هو دائما النزول عن حق التمسك بالابطال بينما قد يكون للنزول موضوع آخر غير هذا تماما ،فيمكن النزول عن حق دون وجود عيب في الارادة ،مثل النزول عن حق الارتفاق بمختلف اوجهه أو النزول عن عدم السريان ،أو التنازل في عقد الصلح (3) ....
فاذا كانت الاجازة هي دائما نزولا عن حق ،فليس كل نزول عن حق اجازة .

---

1 — السنهوري . الوسيط ج 5 ص 514 فقرة 347
انظر كذلك : Couturier: رسالته السابقة الذكر
ص 15 فقرة 18
— Ghestin : شرح القانون المدني
ص 702 فقرة 817

2 — راجع المادة 459 من ق . م ج المذكور آنفا

3 — انظر : Lutzescu:Thèse precitée:P.367

المطلب السابع

الاجازة والنزول عن عدم السريان

يميز التشريع والفقه عدم السريان عن البطلان ،حتى يكون جزاء كل منهما مطابقا لطبيعة المصالح محل النظر •

فاذا أدى ابرام تصرف ما الى المساس بمصالح الغير دون مصالح طرفيه فليس ثمة ما يدعو الى عدم العلاقة القانونية برمتها ،بل يبقى طرفاها ملتزمين • أما الغير فله أن يتجاهل العقد باعتباره في حكم العدم بالنسبة اليه على عكس ذلك ،فالابطال يمكن التمسك به من قبل الأطراف ،أو طرف منها على الأقل ،وأثره حينئذ كبيد أمام هو عدم النفاذ قبل الجميع erga omnes غير أننا اذا افترضنا أن الغير الذى لم يكن العقد ساريا فى مواجهته تنازل عن حقه هذا ،أفلا يعتبر عمله هذا اجازة منه اذ الاجازة هي بمثابة نزول عن حق ؟

اجابتنا عن هذا التساؤل تكون بالنفي فبين الاجازة وعدم السريان فرق هام •

1 ـ تكون الاجازة بصدد عقد قابل للابطال بين الطرفين أما النزول عن عدم السريان ،فيكون بصدد عقد صحيح فيما بين المتعاقدين ،لكنه لا يسرى فى حق الغير •فالعقد الحقيقي فى الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين غير نافذ في حق الغير• والعقد الذى أبرمه المدين المعسر اضرارا بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين ولكن لا يسرى فى حق الدائن الذى طعن فيه بالدعوى البولصية • وقد يكون العقد قابلا للابطال فيما بين المتعاقدين وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق الغير• فبيع ملك الغير قابل للابطال فيما بين البائع والمشترى ،ثم هو لا يسرى فى حق المالك الحقيقي ،وقد يجيز المشترى العقد فيزول حقه فى ابطال العقد ويبقى عدم السريان قائما بالنسبة الى المالك الحقيقي (1)

---

1 ـ انظر المادة 397 التى تتكلم عن بيع ملك الغير

راجع كذلك السنهورى • الوسيط ج 1 ص488 فقرة 299

2 ـ مهمة الاجازة هي تثبيت صحة العقد القابل للابطال بتصرف ممن شرع الابطال لمصلحته ،أو من خلفه • أما النزول عن السريان فهو من عمل الغير يجعل العقد يرتب آثاره بشكل قد يضربه •

ثمة فرق اذن بين هذين النظامين ،ومع ذلك فان القضاء في فرنسا يخضع التنازل عن عدم السريان ولوضمنيا لنفس شروط الاجازة الواردة بالمادة 1338 من • ق •م • الفرنسي (1)

المطلب الثامن

الاجازة وتصحيح سند صالح للاثبات

الاجازة هي تثبيت لمحتوى العقد Acte negotium في العملية القانونية المعيبة ،لذا يجب تمييزها عن سند اثباتها Acte ou instrument probatoire كما يجب تمييزها عن عملية تصحيح سند الاثبات ان لم يكن صحيحا • ففي هذا الفرض،ومع استبعاد العقد الرسمي (المحرر الرسمي) ،فان بطلان السند لا يعني بالضرورة بطلان التصرف،وان كان من شأنه أن يجعل اثبات التصرف صعبا • فلنفرض جدلا أن المتعاقدين قبلا تكملة السند الباطل نظرا لخلوه من التوقيع مثلا ،أو لمخالفته للمادتين 1335 و 1336 ق •م • ف اللتين تقضيان بتعدد النسخ الأصلية ،فهل يعتبر هذا الاجراء اجازة منهما ؟ كلا ! ليست هذه العملية اجازة لتصرف قابل للابطال ،بل هي فقط انجاز وسيلة اثبات بشكل صحيح (2) وجعلها تتمشى وما يستلزمه القانون في هذا الشأن •

---

1 ـ انظر : Couturier : المرجع السابق • ص 215 وما يليها فقرة 252 وما بعدها •

2 ـ (Une confection d'un moyen de preuve valable)

واذا فرضنا أيضا أن الطرفين تنازلا صراحة أو ضمنا عن التمسك ببطلان السند ، فانه لا يمكن كذلك اعتبار تنازلهما هذا اجازة (1)

هذا ، وما دمنا بصدد الحديث عن مضمون التصرف ووسيلة اثباته ، فلا بأس من ايراد ملاحظة بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي ، وبالضبط الى المادة 1338 التي نرى أنها خلطت بين كل من محتوى التصرف الذى ترد عليه الاجازة ووسيلة اثبات هذه الاجازة ، وذلك بقولها Acte de confirmation الذى يفهم منه في آن واحد . الاجازة كتصرف قانوني ووسيلة اثبات هذا التصرف ، خاصة اذا لاحظنا أن المشرع الفرنسي أورد النصوص المتعلقة بالاجازة ضمن الباب المتعلق بالاثبات ، اننا نرى مع Baudry و Barde (2) أن هذا الاصطلاح وهذا التصنيف قد يولد نوعا من الالتباس بأن يشير في أذهان البعض أن صحة الاجازة متوقفة على شروط الكتابة ، مع أن الأمر على نقيض ذلك تماما ، ودليلنا على قولنا هذا ، أن المشرع الفرنسي ينص في نفس المادة (م 1338) على الاجازة الضمنية ، وهذه لا يتصور فيها وجود شرط الكتابة ، والا لانقلبت الى اجازة صريحة (3)

ان صياغة هذا النص اذن غير مستقيمة .

---

1) Valdelièvre : op cit P. 9

2) Baudry et Barde : op cit P.344 n° 1988.

3 — سنعود الى مناقشة هذه النقطة عندما نستعرض شروط الاجازة .

الفصل الثاني

شروط الاجازة وأنواعها

بعد أن خصصنا الفصل الأول من الباب الأول لتعريف الاجازة وتبيان طبيعتها القانونية وتمييزها عما قد يشتبه بها من النظم القانونية المختلفة نكرس الفصل الثاني لشروط صحة الاجازة في مبحث أول ثم لذكر أنواع الاجازة في مبحث ثان. وبناء عليه فاننا نتناول تفصيل دراسة هذا الفصل وفق التقسيم الآتي :

1 ـ الشروط اللازمة لصحة الاجازة : وهي بدورها نتعرض لها في نقطتين :

النقطة الاولى : الشروط الموضوعية للاجازة

النقطة الثانية : الشروط الشكلية للاجازة

2 ـ أنواع أو صور الاجازة : وهي تنقسم بدورها الى نوعين :

النوع الأول : الاجازة الصريحة

النوع الثاني : الاجازة الضمنية . ثم نتساءل عن سقوط الحق في الابطال بمضي المدة، هل هو نوع ثالث من أنواع الاجازة، أو أنه صورة فقط من صور الاجازة الضمنية .

المبحث الأول

شروط صحة الاجازة

يمكن تقسيم هذه الشروط الى قسمين ، شروط موضوعية ، وأخرى شكلية .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للاجازة

الاجازة كما سبق أن رأينا ـ تصرف قانوني من جانب واحد ، ينزل به من له الحق في الابطال عن هذا الحق ، وهذا تمشيا مع منطقنا في تعريف الاجازة بأنها النزول عن الحق في الطعن بالبطلان .
فالرغبة في اجازة عقد مشوب ببطلان نسبي ، لا يمكن صدورها الا من أحد أطراف التصرف ، وهو صاحب الحق في الطعن بالبطلان فقط ، وبالتالي تستبعد أي اجازة قد تصدر من الغير ، حسب القانون المدني الحالي .

وفضلا عن ذلك ، فانه لكيلا تشوب الاجازة شائبة مايشترط أن تكون تعبيرا عن ارادة سليمة منزهة من كل عيب ، لذلك فانه للمدة التي تصدر فيها الاجازة ، وعبارتها أهمية بالغة في هذا الصدد ، والاجازة الصحيحة هي تلك التي تصدر ممن خوله القانون دعوى الابطال ، في الوقت الذي يتمكن فيه من الوقوف على حقيقة أمر ذي وجهين :

1 ـ وجود عيب في العقد يشوبه منذ تاريخ ابرامه .

2 ـ زوال العيب الذي كان يشوب هذا العقد .

تأسيسا على ما سبق فتكون الشروط الموضوعية لصحة الاجازة هي مايلي :

الفرع الأول

العلم بالعيب الذي شاب التصرف واتجاه ارادة المجيز نحو اجازته (1) :

1 ـ وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1953/11/26 (أن الاجازة التي تصحح العقد هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وان يكون قاصدا اجازته . ذكره عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق ص228 هامش 1 ومحمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ص116

وهذا الشرط الأول ،كما نرى ـ يمكن تناوله من زاويتين
اذ يتكون من شقين : ـ الشق الأول : معرفة العيب
ـ الشق الثاني : اتجاه الارادة نحو اجازة العقد

أولا : علم المجيز بالعيب (1)

فلانستطيع بداهة أن نتنازل طواعية واختيارا الاعما نعلم ،فلايمكن تصور نزول صحيح عن دعوى الابطال الابناء على علم بالعيب الذى كان أساس هذه الدعوى . فبدون معرفة العيب لاتوجد هنالك اجازة (2).

ويترتب على ذلك ان اثبات الاجازة ـ فى هذا المقام ـ متعلق باثبات معرفة العيب بحيث أن عبء اثبات أحدهما ،يقع على من يتمسك به ،وعلى هذا استقر القضاء فى فرنسا (3) أى لا يمكن فصل اثبات الاجازة عن اثبات العلم بالعيب ،وعلى من يدعي وجود الاجازة ،أن يثبت أن المجيز (أى المدعى عليه هنا) كان عالما بسبب البطلان .

بيد أنه فى حالة ما اذا كان العيب ظاهرا ،فان المحاكم فى فرنسا تميل الى افتراض أن التنفيذ الاختيارى للعقد كان بناء على علم المجيز En connaissance de cause أى أن العيب الظاهر يفترض العلم به ،غير أن الأمر لا يعدو أن يكون قرينة واقع (4) Une presomption de fait

الا أنه ،وتأسيسا على قاعدة لاعذر بجهل القانون ،ذهب البعض الى حد منع المجيز من التمسك بجهل العواقب أو النتائج القانونية المترتبة على العيب الذى كان يعلم بوجوده ،أى التمسك بالبطلان .

غير أن مؤدى هذه القاعدة هو فقط عدم امكان افلات أى شخص من تطبيق القانون عليه متعللا بجهله ،وبالتالي فان وجود عيب ظاهر فى العقد ليس قرينة قانونية قاطعة على العلم به ،ولا يعد جهل المتعاقد للعيب الظاهر اجازة منه للعقد المعيب ،وكل ما فى الأمر أن عبء اثبات هذا الجهل يقع على من يدعيه (5) وهو هنا صاحب الحق فى الطعن بالبطلان .

---

1 ـ انظر . مرقس . نظرية العقد . ص 313 فقرة 246 الصدة . نظرية العقد ص 404 فقرة 242
سوار . المرجع السابق . ص 228 فقرة 329 . البدراوى . مصادر الالتزام ص 386 فقرة 279 القاهرة 1968
انظر كذلك Couturier :op cit p. 18 n° 24 – Ghestin:op cit P.703n°821
Colin et Capitant:op cit P.433n°768–Planiol et Ripert:op cit P.389 n° 306
B.Teyssié:op cit fascicule 149-150 – Rep. de droit civil 1974 voire (Confirmation).
2 ـ انظر فى هذا المعني Valdelièvre المرجع السابق . ص 61
3 Ghestin : op cit P.703n°821
4 – Couturier : op cit P.19 n° 26
5 – Couturier : op cit P.20 n° 27

ثـانيـــا :اتجـــاه ارادة المجيـــز نحـو اجـازة العقـــد :

وهو شـــرط بد يهي استقـــرعليه الفقــه (1) والقضـاء (2) ،كمـــا نـــص القـانون المد ني الفـــرنسي عليه فى المـادة 1338 فى فقـرتها الأولي ،وكـذا قـــانـون المـوجبات والعقـــود اللبنـاني فى المـادة 236 / 1 .

فيلزم اذ ن أن تتم اجـازة العقد عن بينـة ،أى ينبغي أن يعلم من تقـرر البطلان لمصلحتـه أنـه يجيـزعقـدا معيبـا بعيب معين ،رغبـة منـه فى تثبيتـه بصفـة نهـائية ،وأن تنصرف ارادته الى النـــزول عن الحـــق فى التمســك بابطـال العقـــد .

وتجد ر الملاحظـة فى هذا الصدد ،بأن العبارة التى أطلقها المشرع الفرنســـي للدلالة على هذا الشرط وهي عبـارة "نية التصحيح أو التصليح Intention de réparer (3) لاتتمشى تمـامـا مع تعريفنـا للاجـازة بأنهـا نــزول Renonciation عن الحـــق فى الطعن بالبطلان ،لذا نــرى أن هذه العبارة ليست دقيقة ،وكـان أجد ى بالمشــــرع الفرنسي أن يستعمـل عبـارة " نيـة النــزول " أو " نيـة العـدول "

وقد أدى هذا الامـر بالفقيـه Laurent (4) الى اقتـراح اصطـــلاح أخـــر أكـثر د قـة واستجـابة لتعريف الاجـازة ،فـأطلق على هذا الشـــرط "مشيئة النزول " وهو نفس المعني الذى استعمله المشرع المدني اللبنـاني فى المـادة 236/2 ،مستفيـــدا مـــن الأنتقـاد المـوجـه للنـص الفـرنســـي (5) .

ويلاحظ أن بعض الأحكـام الصادرة فى فـرنسا ،قـد استعملت هـذا الشـــرط فى عبـارة واضحـة الدلالـة على المقصـود ،لالبس فيهـا ولاغمـوض ،وهي عبـــارة " نيـة الأجـازة " L'intention de confirmer (6) وهي العبارة التي نفضلهـــا وقد أثبتنـا بها كـعنـوان لهذا الشرط الذى نحـن بصدده .

---

1 ـ انظر : توفيق حسن فرج . نظرية العقد ص212 عبد الرزاق حسن فـرج المرجـع السابق ص 228

انور سلطان . المصادر ،ص186 فقرة 202 ـ البدراوى . المرجع السابق ص 388 فقـــرة 280

وانظرفى الفقـه الفرنسي Couturier المرجع السابق ص21 فقـرة 28

Valdelièvre " " ص 68

2 ـ حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1968/10/29 مشار اليه فى المجلـة السابقة

3 ـ يلاحظ ان كثيرا من الفقهـاء الفرنسيين يرددون هذه العبارة ،انظـر مثـــلا : Lutzesco المرجع السابق ص375 الذى يتكلم عن نيـة التصليح و Larombière المرجع السابق ص337

4 ـ انظر Laurant المرجع السابق ص 642 فقـرة 633

راجع كـذلك M.de la Moutte المرجع السابق ص121 فقـرة 123

5 ـ انظر المادة 236/2 لبناني فرغم ان المشرع اللبناني كان متاثرا اثناء وضعه لنص هذه المادة بالمادة 1338 من ق.م .ف فانه كان اكثر توفيقا من نظيره الفرنسي فاشترط مشيئة العدول

6 ـ انظر الاحكام التي ذكرها Couturier فى مرجعه السابق الذكر ص21 فقـرة 28

هذا ، ويعتبر شرط نية الاجازة ، مكملا للشرط الأول ، أى شرط العلم بالعيب بشكل لا يمكن فصله عنه، فاذا اتجهت نية المجيز الى اجازة العقد ، فمعنى ذلك أنه كان من باب أولى عالما بسبب قابلية العقد للابطال •

عـ اثبات شرط العلم بالعيب واتجاه الارادة نحو اجازته :

ان معرفة العيب المشوب به العقد ونية اجازته لا يفترضان ، بل يجب اثباتهما (1) وعلى من يدعيهما يقع عبء هذا الاثبات ، وقد صدرت عدة أحكام فى هذا الشأن فى فرنسا ابتداء من سنة 1866 • ويلاحظ أنه لمحكمة النقض سلطة مراقبة تقدير القضاة بالنسبة الى معرفة العيب واتجاه الارادة نحو الاجازة (2)

وأخيرا ، وكخلاصة لهذا الشرط ، نقول : انه يجب أن يكون المجيز على علم بالعيب وقاصدا النزول عن الاحتجاج به ، فاذا انفذ العقد القابل للابطال دون علم منه بالعيب الذى شابه ، فلا يمكن أن يقال أن تنفيذ هذا العقد كان بمثابة اجازة ضمنية له (3) •

الفرع الثانى

زوال العيب الذى شاب العقد (4)

لا تصح اجازة العقد القابل للابطال الا اذا كان سبب القابلية للابطال قد انقضى ، فصحة الاجازة تفترض تحررها من العيب الذى لحق بالتصرف المجاز ، اذ لو بقي العيب قائما فان من شأنه أن يجعل الاجازة ذاتها مشوبة بنفس العيب الذى عاب التصرف المراد اجازته ، فالاجازة على غرار كل تصرف قانوني ، يجب أن تكون وليدة ارادة سليمة خالية من كل عيب •

---

1 — انظر Trifonescu المرجع السابق ص 85

2 — Planiol et Ripert المرجع السابق ، ص 390 فقرة 306

3 — راجع البدراوى : المرجع السابق ، ص 386 فقرة 279

4 — السنهورى : الوسيط • ج 1 ص 516 فقرة 317 مرقس • نظرية العقد ص 316 فقرة 246

الصدة • العقد • ص 404 فقرة 242 • توفيق حسن فرج العقد ص 211 وما بعدها

جميل الشرقاوى • ص 387 ; Gaudemet : P.173 — Colin et Capitant : P. 433 n° 767 — Palniol et Ripert : P. 390 n° 306

Lutzesco : op cit p. 376.

ويمكن أن يصاغ هذا الشرط صياغة أخرى، فيقال مثلا . ماهي المدة الزمنية التى يجب أن تصدر فيها الاجازة لكي تعتبر صحيحة؟ وهي مما لا ريب فيه تصح متى صدرت وكان العيب قد زال . وهذا ماقصده المشرع الفرنسي صراحة في الفقرة الثانية من المادة 1338 عندما ذكر (L'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée "ou ratifiée") (1).

اذن ، يشترط فى الاجازة ألا يشوبها هي بدورها عيب من عيوب الرضا التي أوردها المشرع الجزائرى فى المواد من 81 الي 90 من . ق . م . ج ، وهي الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال . وكذا يجب أن يكون المتعاقد القاصر قد بلغ سن الرشد كاملا وقت صدور الاجازة منه ، فناقص الأهلية لا يستطيع اجازة العقد الا بعد أن يستكمل أهليتـــه .

ومن شاب ارادته عيب من عيوبها ، لا يمكنه اجازة التصرف الا بعد انقضاء السبب الذى استوجب البطلان ، كأن يكون الغلط والتدليس قد انكشفا ، أو أن يكون الاكراه قد زال . وفى الاستغلال يجب أن تصدر الاجازة بعد زوال الظرف الذى أفسد ارادة الطرف المغبون والذى استغله الطرف الآخر ، بحيث يجب أن تزول حالة الطيش البين أو الهوى الجامح .

ويلاحظ أنه فى حالة الاستغلال ، لا يلزم أن تختفي كل العيوب التى ترتبت بسبب هذا الاستغلال ، أى ليس من اللازم أن يختفي الغبن الذى يلحق بالعقد ، انما يكفي ان تزول عن المغبون الظروف التي وجد فيها عند التعاقد ، وهي حالة الطيش البين أو الهوى الجامح ، وذلك لأن الاستغلال يعتبر عيبا من عيوب الارادة بسبب وقوع المتعاقد تحت تأثير حالة من تلك الحالات . ولهذا ينبغي أن تكون ارادة المغبون قد خلت وقت الاجازة مما يعيبها . فلا يمكن ان تقع اجازة صحيحة الا اذا أصبح الشخص فى حالة يستطيع معها أن يصدر رضا سليما من كل مايعيبه وهو يستطيع ذلك حتى لو بقي الغبن فى العقد ، مادام من المؤكد أن الرضا قد أصبح سليما ، اذ يعتبر أن المغبون قد تنازل بهذا عن حق له كامل الحرية في التصرف فيـــه (2) .

---

1 ـ ويمكن مقابلة هذه المادة ، بالمادة 101 من . ق . م . ج مع ملاحظة ان النص الفرنسي يورد لفظ الاقرار مرادفا للفظ الاجازة ، وقد رأينا الفرق بينهما فى الفصل السابق .

2 ـ راجع خاصة . توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال فى القانون المدني . ص 317 فقرة 140 القاهرة 1957 .

هذه هي الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الاجازة •

وكخاتمة لها ، نقول مع الفقيه الفرنسي Ghestin (1 انه مادامت الاجازة تصرفا قانونيا ، فتستلزم لصحتها شروط صحة التصرفات القانونية بوجه عام وخلصة فيما يتعلق بأهلية المجيز وقت الاجازة بالنسبة الى العقد الذي يروم اجازته وسلامة رضاه في تلك اللحظة من العيوب المفسدة للرضا • فلو أن العقد كان قابلا للابطال لنقص في الأهلية ، وبعد بلوغ القاصر سن الرشد حجر عليه لسفه أو غفلة فلا تصح الاجازة منه ، الا اذا كان العقد الذي وردت عليه الاجازة مما يطلق المحجوز عليه مباشرته •

ومن ناحية أخرى ، لو وقع العقد قابلا للابطال لنقص في الأهلية وأجازه العاقد بعد زوال نقص الأهلية وهو تحت تأثير عيب من عيوب الارادة ، كانت الاجازة ذاتها قابلة للابطال لذلك السبب (2)

ويلاحظ أخيرا ، أن الشروط الثلاثة السابقة الذكر ، ليست من وضع المشرع الجزائري ، ولا المصري ، اذ جاءت المادة 100 ق م ج والمادة 139 ق م المصري قاصرتين على ذكر أنواع الاجازة ، ومحددتين لأثر الاجازة فقط ، دون التعرض لشروط صحتها •

غير أن طبيعة الاجازة كتصرف قانوني تجعل المرء يستخلص منها تلك الشروط دون صعوبة الا أنه مع ذلك ، فاننا نجد أن المادة 1338 من ق م الفرنسي (3) قد ذكرت شروط الاجازة بصريح النص ، وقد اقتدى قانون الموجبات والعقود اللبناني بما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي ، فنص في المادة 2/236 على ما يلي :
(ان التأييد (4) الصريح لا يكون ذا مفعول الا اذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه ومشيئة العدول عن دعوى البطلان) .

---

1 — انظر Ghestin المرجع السابق • ص 704 فقرة 822

2 — مرقس • المرجع السابق ص 313 فقرة 246

3 — يجري نص هذه المادة كما يلي (L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en réscision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en réscision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée).

4 — ونحن نؤثر استعمال اصطلاح (التأييد) الوارد في قانون الموجبات والعقود اللبناني على اصطلاح (الاجازة) الذي يستعمله كل من المشرع الجزائري والمصري • فلفظ التأييد على ما نرى اكثر دلالة على المطلوب ، ذلك انه بصدد عقد موجود ترتيبا ثاره ، واذا ما تنازل صاحب الحق في التمسك بالبطلان عن حقه فانه يزيل الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال وهو بذلك يؤيد وجوده القائم فيستقر نهائيا •

على أننا نرى أن موقف المشرع الجزائري حين لم يذكر شروطا لصحة الاجازة في نص المادة 100 ق م ج، موقف محمود، اذ بذلك يكون قد جنبنا النقاش الذي يدور حول المقصود من وضع تلك الشروط، كما سيتضح لنا هذا في المبحث الثاني من هذا الفصل عندما نعرض لصور الاجازة •

المطلب الثاني

الشروط الشكلية للاجازة

ان مسألة الشروط الشكلية للاجازة لا تثار الا بالنسبة الى الاجازة الصريحة، وفي بعض القوانين فقط دون البعض (1) أما الاجازة الضمنية فلا يتصور تقييدها بشكل معين، اذ لو كان الأمر كذلك، لانقلبت الى اجازة صريحة أما بالنسبة الى الاجازة الصريحة، فان القانون المدني الجزائري - على غرار نظيره المصري - لم يشترط شكلا خاصا يجب أن تظهر فيه،
فباعتبار الاجازة تعبيرا عن الارادة، يمكن أن تظهر في أي شكل، شفويا كان أو كتابيا، وسواء ظهرت في الشكل الأول أو الثاني، فهي تكون صريحة في الحالتين وكل ما في الأمر، أن مسألة اثباتها، تسهل أو تصعب حسب الأحوال • فالاجازة الصادرة في شكل مكتوب يسهل اثباتها، فوسيلة الاثبات عندئذ هي الكتابة أما الاجازة الشفوية فيصعب فيها الاثبات خاصة اذ أنكر المتعاقد صدورها منه • وموضوع الاثبات تحكمه القواعد العامة في اثبات الأعمال القانونية (2) •

---

1 - في القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني مثلا •

2 - سنتناول مسألة اثبات الاجازة في حينها •

المبحث الثاني

أنواع (صور) الاجازة

نقصد بأنواع الاجازة أو صورها ، الصيغة التي يتم بها التعبير عن نية اجازة التصرف. والصيغة في الاصطلاح هي ما يوجد به التصرف في الخارج وتتم به حقيقته. وصيغة العقد ، هي ما به يكون العقد من قول أو اشارة أو كتابة أو فعل ، تبينا الارادة العاقد وكشفا عما يجول بخاطره (1)

فصيغة الاجازة اذن ، هي ما تتم به من قول أو فعل ، ولقد رأينا أن الاجازة تصرف ارادي ، وما دامت كذلك ، فهي قد تصدر بلفظ صريح كأن يقول من له حق الاجازة "أجزت التصرف" أو "رضيت به" أو "قبلته" (2) وقد تكون بالدلالة الضمنية. فاذا فعل المتعاقد ما من شأنه أن يدل على رضاه كان فعله اجازة ضمنية.

ونخلص الى أن الاجازة اما أن تكون صريحة أو ضمنية ، وبهذا قضت المادة 1/100 من القانون م ج ؛ (يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية)(3) بيد أن هناك من الفقهاء من يرى وجود صورة ثالثة للاجازة ، يمكن ان نطلق عليها الاجازة المقدرة أو المفترضة (4) وهي تتحقق بمضي المدة القانونية التي خولها القانون لصاحب الحق في الابطال لاستعمال حقه في غضونها ، فاذا مضت هذه المدة الزمنية ، دون أن يستعمل هذا الشخص دعوى الابطال ، فان حقه في ذلك يسقط ، فليس سقوط الحق بالتقادم نوعا ثالثا من أنواع الاجازة ؟ هذا ما سنراه في حينه .

---

1 ــ محمد سلام مدكور . المدخل للفقه الاسلامي ص 509 طبعة 1960 بمصر

2 ــ عبد الرزاق حسن فرج . المرجع السابق . ص 206

3 ــ تقابل هذه المادة المواد . 1/139 مصري ، 110 سوري ، 139 ليبي 237 لبناني ، 1338 فرنسي

4 ــ ذكرت المادة 237 لبناني ثلاثة أنواع للاجازة صريحة ــ ضمنية ــ مقدرة

المطلب الأول

الاجازة الصريحة

نتناول في هذا المطلب مسألتين :

أ - المقصود بالاجازة الصريحة

ب - اثبات الاجازة الصريحة

الفرع الأول : المقصود بالاجازة الصريحة :

ان أية عبارة تصدر من جانب صاحب الحق في الاجازة ، وتدل على اتجاه نيته نحو اجازة التصرف ، دون غموض أو لبس ، تصلح أن تكون معها الأجازة صريحة ، فلم يشترط القانون المدني الجزائري افراغ الاجازة في أي شكل كتابي كما لم يشترط فيها ذكر بيانات معينة .

فالاجازة الصريحة ، هي تلك التي تنتج من تعبير صريح عن الارادة ، منه تتضح نية الشخص في اعتبار العقد صحيحا . وبعبارة أخرى تكمن الاجازة الصريحة في الارادة الصريحة (1) .

والتعبير عن الارادة يكون صريحا ، اذا كان المظهر الذى اتخذه المتعاقد - كلاما أو اشارة أو نحو ذلك - مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الارادة حسب المألوف بين الناس . (2)

وتأسيسا على ذلك ، فان الاجازة الصريحة قد تكون بالكلام ، بايراد الألفاظ التي تدل على المعني الذى تنطوى عليه الارادة . وقد تكون بالكتابة ، وهو الوضع الغالب (3) ولا يهم شكل الكتابة ، فقد تكون عرفية أو رسمية ، الا اذا كان سبب البطلان ناتجا عن عيب في شكل التصرف الأصلي أو اذا تطلب القانون الرسمية ، حماية لحرية الاطراف ففي هذه الحالة ، يجب أن تكون وثيقة الاجازة رسمية بحسب رسمية التصرف المجاز (4)

---

1 - تنص المادة 1/60 ق . م . ج على التعبير الصريح بقولها : (التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة او بالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه) .

2 - السنهوري : الوسيط ج 1 ص 176 فقرة 76 - عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق : ص 40 فقرة 21 .

3 - انظر : Valdelièvre:op cit P.51-Baudry et Barde: op cit P.345 n° 1989.

4 - انظر : Planiol et Riperd : op cit P.391 n° 307.

وفضلا عن ذلك ،يكون التعبير عن ارادة اجازة التصرف صريحا ،وذلك بالاشارة المتداولة عرفا ،أو باتخاذ أي موقف آخر يدل حسب الظروف التي اتخذ فيها على مقصود صاحبه .

فكما ترى ،لا يشترط ـ طبقا للقانون الجزائري والمصري ـ أي بيان معين لتكون الاجازة صريحة .

أما اذا أردنا أن نعقد مقارنة بين ما تقضي به المادة 100/1 ق .م .ج سابقة الذكر ،وبين ما تنص عليه المادة 1338 ق .م .ف التي تقابلها ،فانه يتبين لنا لأول وهلة ،أن النص الجزائري لا يثير أي اشكال أو غموض ولا يدع مجالا لشك او لبس بالنسبة الى نوعي الاجازة ،بعكس المادة 1338 ق .م .ف التي نرى أن غموضها لا يعادله الا وضوح وصراحة النص الجزائري ،اذ أن صياغة النص الفرنسي قد توقعنا في الغلط (1) فالقراءة غير المتمعنة للفقرة الاولى من هذا النص قد توهمنا بأن الاجازة من قبيل التصرفات الشكلية ،وأن تحرير سند كتابي يشمل بيانات معينة اشترطها النص ،هو شرط وجود للاجازة لا تصح بدونه .

غير أن هذه البلبلة التي هي الابشابة ضباب سرعان ما ينقشع مع تسليط أضواء الفقرة الثانية من هذا النص عليه (2) هذه الفقرة التي يفهم منها ان الاجازة يمكن أن تكون ضمنية ،وهذا ما يزيل اللبس ،ويجعلنا نقول ان تلك البيانات الثلاثة (3) التي أوردها النص الفرنسي ،انما استلزمها لصحة وسيلة الاثبات ،في حالة ما اذا كانت الاجازة مفرغة في الشكل الكتابي بحيث يكون لتوافر هذه البيانات أو عدم توافرها تأثير ايجابي أو سلبي على وسيلة الاثبات دون المساس بصحة الاجازة في ذاتها .

وبناء عليه ،فاذا ما خلصنا الاجازة ـ وفقا للقانون م الفرنسي من كل شكلية ،ما عدا الشكلية اللازمة للاثبات ،فان الاجازة الصريحة تتحقق بأية وسيلة تعبير عن الارادة .

---

1 - Gaudemet : op cit P.174 : (l'article 1338 alinéa 1er, pourrait à cet égard induire en erreur...)/

2 — ويجري نص هذه الفقرة كما يلي : (A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée).

3 — هذه البيانات هي : جوهر الالتزام — سبب طلب الابطال ونية التصحيح كما يقول النص .

هذا ، ويجب أن نلاحظ فيما يتعلق بالاجازة الصريحة ، أن قانون الموجبات والعقود اللبناني ، قد جارى في المادة 236 / 2 ، القانون المدني الفرنسي فاشترط شكلا معينا ، فقضى بـ : (ان التأييد (1) الصريح لايكون ذا مفعول الا اذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد ، والعيب الذي كان فيه ومشيئة العدول عن دعوى البطلان) .

فهذا النص يستلزم بيانات معينة ، بدونها لاتكون الاجازة صريحة وهذه البيانات هي :

ا — يجب أن تكون الاجازة مكتوبة

ب — يجب أن يتضمن سند الاجازة بيان العقد المراد اجازته والعيب الذي لحقه .

جـ — قصد أو مشيئة العدول عن التمسك ببطلان العقد المعيب (2)

لكن — كما سبق أن قلنا في معرض الكلام عن المادة 1338 / 1 ق م ف فانه رغم ماتفيده قراءة النص السابق ، من أن الاجازة تبطل اذا لم يتضمن سندها هذه البيانات ، فان المجمع عليه (3) أن هذا الحكم ، انما يتعلق فقط بالاثبات . ومعنى هذا أنه اذا تخلفت تلك البيانات ، فلايكون للوثيقة أثر ما من حيث الاثبات ، أي لاتصلح هذه الوثيقة كدليل كتابي كامل ، ولكن اذا أراد من له مصلحة في اثبات حصول اجازة العقد ، فله أن يثبت ذلك بوسائل الاثبات الأخرى ، بالاقرار أو اليمين ، أو البينة أو القرائن ، اذا لم تجاوز قيمة التصرف نصاب الشهادة في الاثبات . أما الاجازة فانها موجودة من الناحية الموضوعية وكل مافي الأمر صعوبة اثباتها فحسب .

ونخلص أخيرا ، الى أن الاجازة الصريحة لاتشترط فيها أية بيانات ولا يقدح فيها مانص عليه القانون الفرنسي (م 1338 / 1) والقانون اللبناني (م 236 / 1)

---

1 — أرى ان لفظ (التأييد) أصح من لفظ (الاجازة) خاصة اذ اعلمنا ان العقد الذي تمكن اجازته هو العقد القابل للابطال ، وهو عقد صحيح منتج لكل آثاره ومهمة الاجازة هي تأييد هذه الاثار باستبعاد عوامل الفناء فيه اما لفظ الاجازة فقد يفهم منه اننا نجيز عقد الم يكن صحيحا وسوف نعرض الى تفصيل هذه النقطة في الباب الثالث المتعلق بآثار الاجازة .

2 — على عكس المشرع الفرنسي الذي استعمل عبارة نية التصليح (او التصحيح) Intention de réparer نجد ان المشرع اللبناني اكثر توفيقا في استعماله لعبارة مشيئة العدول L'intention de renoncer

3 — انظر Larombière المرجع السابق ص 337 Gaudemet ص 85
Trifonescu المرجع السابق ص 174
انظر كذلك البدراوي ، مصادر الالتزام ، ص 388 فقرة 280
الصدة ، العقد ص 405 فقرة 244 توفيق حسن فرج ، العقد ص 21 في الهامش

الفرع الثاني : الاجازة الصريحة :

ان الاجازة الصريحة كما قلنا ـ لا تخضع لأى شرط شكلي ، وانما يتم اثباتها طبقا للقواعد العامة فى اثبات التصرفات القانونية (1)

عبء الاثبات على المدعى : ان عبء الاثبات يقع على من يدعي وجود الاجازة ، وهو الطرف الآخر غير المجيز (2) ، وله فى سبيل ذلك كافة طرق الاثبات لأنه أجنبي عن الاجازة ، فهي صادرة من الطرف الآخر ، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان الأعمال التي تفيد الاجازة بالنسبة اليه وقائع مادية ، سواء كانت كذلك بطبيعتها أو كانت تصرفات قانونية (3) .

هذا هو ما عليه الوضع فى قانوننا ، أما اذا أردنا مقارنته بما يقضي به القانون الفرنسي فى المادة 1338/ 1 ، لوجدنا أن هذا الأخير يميز بين حالتين:

أولا : حالة عدم وجود دليل كتابي : اذ ليست الكتابة شرطا لوجود الاجازة ، فهنا يكون اثبات الاجازة الصريحة حسب القواعد العامة فى الاثبات .

ثانيا : حالة وجود دليل كتابي : وقد يكون عرفيا أو رسميا . في هذه الحالة تقضي المادة 1338/ 1 بأنه يجب أن يتضمن الدليل الكتابي ليكون صحيحا البيانات الثلاثة الآتية :

1 ـ جوهر العقد 2 ـ العيب الذى شاب التصرف

3 ـ مشيئة العدول عن طلب الأبطال ـ (أي مشيئة الاجازة) .

فعلى من يتمسك بوجود الاجازة أن يثبت ذلك ، وهو أمر هين نظرا لوجود السند الكتابي .

---

1 ـ أورد المشرع أحكام الاثبات فى ق م ج فى المواد من 323 الى 350 تحت عنوان " اثبات الالتزام .
ويلاحظ أن المشرع المصرى قد اصدر قانونا للاثبات سنة 1968 ألغي بمقتضاه النصوص المتعلقة بهذا الموضوع فى القانون المدني .

2 ـ وبذلك قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بتاريخ 1953/11/26 ذكره السنهوري فى الوسيط ج 2 ص72 هامش 2

3 ـ راجع . السنهوري . الوسيط ج 1 ص518 فقرة 317 الصدة المرجع السابق . ص 406 فقرة 244
Couturier : P.33 n° 47 - Ghestin : op cit p. 708 n° 827

أما اذا لم يستوف هذا السند كل شروطه ، فانه لا يكون دليلا كتابيا كاملا على الاجازة الصريحة ، وانما يعتبر فقط مبدأ ثبوت بالكتابة Un commencement de preuve par écrit يمكن تكملته بطرق الاثبات الأخرى. أما الاجازة فتبقى صحيحة قائمة . فشتان ما بين محتوى التصرف ووسيلة اثباته. وعلى من يتمسك في هذه الحالة — بصدور الاجازة ممن تعاقد معه ، ان يثبتها في مواجهته بالطرق التي يستلزمها القانون .

المطلب الثاني

الاجازة الضمنية

ان عدم اشتراط المشرع افراغ مشيئة اجازة التصرف في الشكل الكتابي ، معناه أن الاجازة قد تكون ضمنية وهذا ما نص به نص المادة 100 من ق.م.ج حين قال : (يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية) .
وقد سبق أن رأينا ، أن الاجازة تكون صريحة ، اذا كان التعبير عنها صريحا . وبمفهوم المخالفة ، تكون ضمنية ، اذا كانت مشيئة العدول عن التمسك بدعوى الابطال لم تصدر صراحة ممن يملك حق الابطال أو الاجازة . وتكون الارادة ضمنية اذا كان المظهر الذى اتخذه التعبير عنها ليس كاشفا في حد ذاته عن ارادة الشخص ، لكنه لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الارادة (1)
فالتعبير الضمني عن الارادة ، لا يفهم منه المقصود مباشرة ، وانما يكون فهمه عن طريق الاستنتاج والدليل ، اذ أن وسيلة هذا التعبير ليس من شأنها أن تظهر الرضا الى العالم الخارجي مباشرة ، الأمر الذى حمل البعض على تفضيل عبارة "التعبير غير المباشر عن الارادة" (2) Manifestation indirecte de la volonté.
ونخلص الى أن الاجازة الضمنية ، هي التي يمكن أن تستفاد من وقائع قاطعة الدلالة عليها . فكل حالة وكل مسلك يؤخذ منهما أن صاحب الحق في دعوى الابطال قد عدل عنها ، يعد اجازة ضمنية (3) ، وذلك بشرط ان

---

1 — السنهوري . الوسيط ج1 . ص 176 فقرة 76 — Valdelièvre ص 51

2 — انظر . M.de la Moutte المرجع السابق فقرة 175

3 — وهذا ما قضت به صراحة الفقرة الثالثة من المادة 236 موجبات وعقود لبناني (التأييد الضمني يستفاد من كل حالة وكل مسلك يؤخذ منهما ان صاحب تلك الدعوى عدل عنها)

بشرط أن تتوافر شروط الاجازة ، بأن يكون من صدر منه هذا المسلك عالما بالعيب ، وأن يكون العيب قد اختفى .

وبعبارة أخرى ، تكون الاجازة ضمنية ، في حالة ما اذا لم يعبر صاحب حق دعوى الابطال ، صراحة عن ارادته ، لكنه رغم ذلك ، تبنى موقفا من شأنه أن يستنتج منه بصورة حتمية وأكيدة مشيئته في النزول عن التمسك بالابطال .

وقد نص القانون المدني الجزائري – على غرار القوانين الأخرى على أن الاجازة قد تكون ضمنية (م 100 المشار اليها آنفا) .

والملاحظ عملا ، ان الاجازة الضمنية هي التي درج عليها الناس في اجازة التصرفات القابلة للابطال ، وغالبا ما تكون القضايا المطروحة أمام القضاء متعلقة بالاجازة الضمنية (1) ويمكننا ايجاد تفسيرين لهذا الوضع :

التفسير الأول : في الحالات التي يكون فيها التعبير عن نية الاجازة صريحا ، يكون عدد النزاعات بين الأفراد أقل ، بالمقارنة مع عدد النزاعات في حالة كون التعبير عن هذه النية ضمنيا .

التفسير الثاني : يبدو أن صاحب دعوى الابطال ، ينفر عادة من النزول عن دعواه صراحة ، فهو في أغلب الأحيان – ومع علمه بوجود العيب يقع في حيرة من أمره ، ويتردد في اتخاذ موقف معين ، لكنه لا يلبث أن ينفذ التصرف ، أو يتخذ موقفا آخر تستشف منه مشيئته في ترك العقد مستمرا في ترتيب آثاره ، وهذا الموقف هو "الاجازة الضمنية" .

غير أنه مما تجدر ملاحظته ، وهذا ما نراه مع الفقيه Valdelièvre (2) أن الطرف المعني بالأمر قد لا يكون موقفه ذاك ، دالا على ارادته الواعية Volonté Délibérée في النزول عن دعوى البطلان . فقد يعتقد أن حقه لا ينقضي كنتيجة لموقفه ، بحيث قد لا يكون التناقض بين عمله (أى تنفيذ التصرف) وبين ابقاء حقه ، الا نتيجة حيرته . بيد أنه يمكن الرد على هذه الملاحظة – رغم احتمال صحتها – بأن اعداد أو تنظيم العلاقات القانونية (L'ménagement des rapports juridiques) .

---

1 – انظر Valdelièvre المرجع السابق ص 55

2 – Valdelièvre ص 56

لا يسمح بإجراء التحليلات النفسية الدقيقة، اذ أن مصير التصرف المعيب يجب أن يبين بسرعة، والمشرع يفضل عادة الابقاء عليه مراعاة منه الاستقرار التعامل . لذا فان التناقض بين موقف الشخص وبين نيته في ابطال العقد يفسر في غير صالحه، ويؤدي الى اعتبار موقفه اجازة ضمنية منه .

تلك اذن هي الاجازة الضمنية، الا أن غياب التعبير الصريح عن ارادة الاجازة، يجعل من الصعب في هذه الحالة، ادراك أن الموقف الذي اتخذه الطرف المعني، هو اجازة ضمنية منه، لذا حق لنا أن نتساءل عما هي بالتحديد المواقف أو المظاهر التي تكشف عن هذا التعبير ؟ وكيف لنا أن نثبت أن موقفا معينا، يتوجه فعلا عن مشيئة اجازة التصرف المعيب ؟

اجابتنا عن هذا السؤال، نتناولها في فرعين :

1 ـ التعبير عن الاجازة الضمنية .

2 ـ اثبات الاجازة الضمنية .

الفرع الأول

التعبير عن الأجازة الضمنية

ان المادة 100 ق م ج، التي تقضي بأن الاجازة قد تكون ضمنية لم تعطنا الجواب عن التساؤل الذي طرحناه على أنفسنا (1). لكننا لو رجعنا الى النص الفرنسي (م 2/1338) لوجدناه يدلنا على احدى الحالات التي تعتبر فيها الاجازة ضمنية، وهي حالة التنفيذ الاختياري (2) للعقد القابل للابطال . غير أنه، اذا كان هذا الفرض هو الغالب عملا في الاجازة الضمنية، فهو ليس الدليل الوحيد على نية الاجازة (3) فكل موقف آخر يمكن أن تستشف منه نية العدول عن رفع دعوى الابطال، يعد اجازة ضمنية .

---

1 ـ اي أن هذه المادة اقتصرت على ذكر أن الاجازة يمكن أن تكون ضمنية دون أن تعطينا أمثلة عن حالات تكون فيها كذلك .

2 ـ L'exécution volontaire

3 ـ انظر Starck المرجع السابق، ص 502 فقرة 502 وقد صدر حكم في هذا المعنى من محكمة مونبلييه بتاريخ 1952/04/01 ذكره ستارك : ص 502 في الهامش

وبناء عليه ، فاننا نتناول في هذا الصدد ، طريقة الاجازة التي اشارت اليها المادة 338 ق م ف في فقرتها الثانية ، والطرق الأخرى الممكنة التي لم يشر اليها النص .

اولا : التنفيذ الاختياري (1) :

يعتبر التنفيذ الأختياري — كما سبقت اليه الاشارة — هو الفرض الأكثر وقوعا في العمل ، والأكثر دلالة على الاجازة الضمنية . فتكون الاجازة ضمنية اذا نفذ العقد من له الحق في التمسك بابطاله ، طواعية واختيارا .

هذا وليس ضروريا أن يكون التنفيذ كليا ، بل تتحقق الاجازة الضمنية ولو كان التنفيذ جزئيا فقط ، ويعتبر ذلك اجازة للعقد في كامله (2)

ويتمثل التنفيذ الاختياري من جانب المدين في الوفاء بدينه ، و يتمثل من جانب الدائن في تسلم الثمن .

شروط التنفيذ الاختياري :

يشترط في التنفيذ الذي يحمل معنى الاجازة الضمنية ما يشترط في كل اجازة :

1 — أن يكون التنفيذ قد تم فعلا Exécution effective

فلا يمكن اعتبار التنفيذ الأختياري لعقد قابل للابطال ، نزولا ضمنيا عن دعوى الابطال ، الا اذا كان فعليا . فمجرد نية تنفيذ العقد ، لا يمكن اضفاء صفة الاجازة الضمنية عليه . ومن ثم فان صدور عرض Offre بالتنفيذ لا يعد اجازة اذا لم يصادف قبولا من الطرف الآخر ، كما لا يعتبر اجازة ضمنية مجرد طلب أجل للتنفيذ (3) اذ قد يظهر أن المقصود من هذا الطلب هو فقط تأخير التنفيذ .

2 — المدة المقررة للاجازة :

لا يمكن اعتبار تنفيذ عقد قابل للابطال ، اجازة ضمنية له ، الا اذا كان صاحب الحق في الابطال عالما بوجود العيب ، ويقصد النزول عن حقه هنا ، وكان سبب الابطال قد انقضى .

أ — العلم بالعيب ومشيئة العدول عن دعوى الابطال .

وهذا هو الشرط الأول الذي ذكرناه ، ونحن في معرض البحث عن شروط صحة الاجازة . ولا يكفي هنا مجرد قولنا أن المتعاقد كان . بامكانه معرفة العيب ، ولو كان العيب ظاهرا ، بل يجب لاعتبار التنفيذ اجازة ضمنية

---

1 — انظر في التنفيذ الاختياري Lutzesco ص 374 Trifonescu ص 90 و ما يليها
2 — حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 — 02 — 1900 سيرية 1900 — I — 447
3 — انظر Demolombe المرجع السابق ص 670 فقرة 778
Aubry et Rau المرجع السابق ص 394 .

أن يكون المتعاقد يعلم بالفعل وجود العيب ،ويقصد النزول عن حقه في طلب الابطال .

فيجب اذن أن يظهر هذا الشرط دائما بوضوح لايشوبه أي غموض ،أوكما يقول A. Breton : (Clairement et sans équivoque) [1]. فلفظ (اختياري Volontaire) الوارد في النص ليس معناه فقط ، أن تكون الاجازة الضمنية صادرة عن ارادة حرة ،وانما يجب فضلا عن ذلك ، أن تكون مبنية على علم مسبق بالعيب ،وأن تتجه ارادة المجيز نحو اجازة التصرف (2) .

ب — زوال العيب قبل الاجازة :

وهذا أيضا شرط عام في الاجازة سواء كانت صريحة أو ضمنية فيكون تنفيذ العقد القابل للابطال من طرف صاحب الحق في الابطال ، اجازة ضمنية ،مادام هذا التنفيذ قد تم بعد زوال العيب أو انكشافه . فالتنفيذ الذي يعتد به كاجازة ضمنية ،يكتسي طابعا اراديا Un caractère volontaire فمثل هذا التنفيذ فقط هو الكفيل بالتعبير عن ارادة صاحبه . فلا يعد بالتالي اجازة ضمنية ،تنفيذ العقد تحت تأثير عيب من عيوب الارادة مثلا (3) ،ذلك أنه اذا صدرت الاجازة والعيب مازال موجودا ،كانت الاجازة ذاتها معيبة بالعيب ذاته . كما لا يعد تنفيذا للعقد اجازة ضمنية له ،اذا كان هذا التنفيذ صادرا من المتعاقد ،وهو مايزال قاصرا ،كما أن التنفيذ الذي يتم بتحفظات معينة (4) أو الذي يكون مصحوبا باحتجاجات صريحة (5) لايمكن اعتباره اجازة ضمنية .

هذا ،ويلاحظ أن التنفيذ الاختياري الذي يحمل معنى الاجازة الضمنية ،هو عمل من جانب واحد . فاذا كان حق طلب ابطال التصرف ممنوحا لأشخاص متعددين ، فان التنفيذ الصادر من أحدهم ،لا يعتبر اجازة من قبل الآخرين ، ولا تلزم الاجازة الا من صدرت منه ،تمشيا مع طبيعة الاجازة باعتبارها تصرفا من جانب واحد .

---

1 — A. Breton : Rep. Droit civil, 2è ed. 1971, voire " confirmation "

2 — Valdelièvre:op cit P.56 etS

3 — Aubry et Rau:op citP.391

4 — استئناف مختلط في 20 — 12 — 1906م 19 ص 45 ذكره السنهوري الوسيط ج 1 ص 518 في الهامش .

5 — Demolombe المرجع السابق ص 669 فقرة 777 .

هذه هي شروط اعتبار التنفيذ الاختياري اجازة ضمنية . وهي كما ترى نفس شروط الاجازة الصريحة ،اذ أن قياس شروط الاجازة الضمنية على شروط الاجازة الصريحة ،هو من المسائل التى استقر عليها الفقه (1) كما تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه فى عدة احكام لها ،فالأمر يتعلق بنفس العملية القانونية ،ألا وهي الاجازة (2).
ويلاحظ أن هذه الشروط لا تفترض ،بل يجب اثباتها (3).

ثانيا : اعمال أخرى تدل على الاجازة الضمنية .

ان تنفيذ العقد القابل للابطال اختيارا ،ليس هو المسلك الوحيد الذى يدل على الاجازة الضمنية ،فهذه الوسيلة لم ترد على سبيل الحصر (4) بل جاءت على سبيل المثال لابراز أهم الدلائل على التعبير الضمني لمشيئة الاجازة .

اذن يمكننا أن نتصور وسائل أخرى نستنتج منها نية المتعاقد فى اجازة التصرف ،وابعاده بالتالي من دائرة الخطر الذى كان يهدده فيصبح باتا ،كأن يمارس صاحب الحق فى دعوى الابطال ،الحقوق الناتجة عن العقد المعيب ،وهو على علم كاف بالعيب ،وسواء كان ذلك باتيانه عملا قانونيا أو ماديا .

ويتمثل العمل القانوني فى تصرف المشترى - باعتباره مالكا - فى العقار الذى اشتراه وهو يعلم أن له حق ابطال العقد الذى اشترى العقار بمقتضاه أما العمل المادى ،فيتمثل فى هدم المشترى العقار أو الزيادة فيه (5).
وكل هذه الأعمال القانونية أو المادية ،تدل دلالة واضحة على اتجاه نية صاحبها الى النزول عن حقه فى طلب الابطال . وموقفه هذا ،يدل على الاجازة الضمنية ، اذ بمثل هذه الاعمال ،يضع الشخص (وهو المشترى هنا) نفسه فى حالة عدم استطاعته رد الحالة التي كانت سائدة قبل اتيانه تلك الاعمال ،اى امكانية طلب الابطال (6)

---

1 - Lutzesco المرجع السابق ص 375 Trifonescu المرجع السابق ص 90

2 - حكم بتاريخ 24 - 7 - 1839 سيرية 1839 - 1 - 653

3 - وهذا ماقضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 / 11 / 1857 دالوز 57 -I- 425

4 - انظر Laurent المرجع السابق ص 631 فقرة 620

5 - السنهوري : المرجع السابق ص 517 فقرة 317 السنهوري نظرية العقد ص 669 جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص 387

6 Colin et Capitant: op cit P. 434 n°774
Gaudemet: op cit P. 174.

هل يعتبر السكوت اجازة ضمنية ؟

أى مدى صلاحية السكوت للتعبير بطريقة ضمنية عن الأجازة.

ان التعبير سواء كان صريحا أو ضمنيا يختلف عن السكوت . فالسكوت عدم ، فهل يفيد السكوت التعبير عن الارادة ولو ضمنيا ؟ وهل يصلح الأخذ فى هذا المقام بالمثل الذى يقول (ان السكوت رضا Qui n e dit mot consent) ؟

ان القاعدة فى هذا الصدد ، أن السكوت المجرد لا يصلح تعبيرا ضمنيا عن الاجازة ، لأنه اذا كان التعبير الضمني عن الارادة عملا ايجابيا من الشخص ، فان السكوت موقف سلبي ، ومن هذا كانت القاعدة الفقهية المعروفة التي تقول (لا ينسب الى ساكت قول)(1) .

لكن يرد على هذه الحالة استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية التي تقول : ان (السكوت فى معرض الحاجة بيان) ، وهذا معناه أن السكوت يعتبر رضا اذا أحاطت به ملابسات تفيد ذلك ، وهو ما يسمى بالسكوت الملابس . وقد نصت عليه المادة 68 ق . م . ج ، التي أشرنا اليها ونحن بصدد الحديث عن مدى صلاحية السكوت ، للتعبير عن الاجازة الضمنية فى الفقه الاسلامي .

ونخلص الى أن السكوت عن طلب البطلان ، كقاعدة عامة ، مهما طالت مدته لا يعتبر اجازة ضمنية .

الفرع الثاني

اثبات الأجازة الضمنية

ونفصل هذه النقطة فى شقين :

1 — على من يقع عبء اثبات الاجازة الضمنية

2 — وسيلة هذا الاثبات .

---

1 — وقد كانت هذه القاعدة معروفة ايضا لدى الرومان وعبارتها :

(Nam qui tacet non utique fateteture)

أولاً . عبء الاثبات :

لقد اعتقد بعض الفقهاء في أول الامر ، وعلى رأسهم Toullier (1)
ان اجازة العقد تفترض من تنفيذه ، وبالتالي فان على المجيز اذا اراد أن ينفي الاجازة ، أن يثبت أن شروط التنفيذ غير مستوفاة ، وأنه لذلك لم يجز العقد .

وكما يقول Toullier ومن نحا نحوه من الفقهاء ، ان الغلط لا يفترض وأن من يحتج بالغلط ، يقع عليه عبء اثباته . فعلى من نفذ العقد وهو يجهل أنه معيب أن يثبت جهله .

غير أن هذا الرأي مرجوح ، لم يأخذ به لا جمهور الفقه ولا القضاء ، فالاثبات في رأي الفقه السائد وكذا القضاء ، يكون على الطرف الآخر غير المجيز .
أما اذا احتج من نفذ العقد بأنه كان صاحب حق في طلب الابطال ، ففي هذه الحالة يكون على الطرف الآخر ان يثبت وجود دفع بعدم القبول Une fin de non recevoir وذلك بأن يثبت وجود الاجازة ، التي تتطلب بحسب طبيعتها ، العلم بالعيب واتجاه الارادة نحو الاجازة . فعلى هذا الطرف (غير المجيز) أن يقيم الدليل على هذا الشرط المزدوج ، اذ الاجازة لا تفترض (2) .
فعبء الاثبات اذن ، يقع على من يدعي وجود الاجازة ، وذلك طبقا للقواعد العامة في الاثبات (البينة على من ادعى) (3) .
فيجب على من يتمسك بوجود الاجازة ، اثبات أن تنفيذ العقد قد تم بناء على معرفة بالعيب ، وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها (4) ، يستنتج منها أن العلم بالعيب لا يفترض . ومتى أقام المدعي دعواه ، وقدم الدليل عليها ، اعتبر التنفيذ حينئذ اجازة .

لكن الأمر لا ينتهي عند هذا الحد ، اذ يمكن للمدعى عليه أن يثبت عكس ما أثبته المدعي ، فينتقل حينئذ عبء الاثبات الى المدعى عليه ، وذلك في حالة ما اذا احتج بوجود غلط في جانبه . ويتمثل هذا الوضع في حالة افتراض أن الدائن (الطرف غير المجيز) أقام الدليل على علم المدين بالعيب الذي شاب التصرف

---

1 ـ انظر Toullier القانون المدني الفرنسي الطبعة الخامسة ج 8 فقرة 419
2 ـ وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 25 ـ 11 ـ 1857 منشور في دالوز 57 . 1 . 425 وكذا حكم بتاريخ 02 ـ 02 ـ 1881 دالوز 81 . 1 . 182
3 ـ Aubry et Rau ص 392 Planiol et Ripert ص 329 وما يليها فقرة 306
4 ـ وقد سبقت الاشارة الى بعض هذه الاحكام .

وعلى تنفيذه اختيارا ، وأن المدين تعلل بجهله للعواقب القانونية لهذا العيب أي البطلان ، فهنا يكون للمدين (الطرف المجيز) أن يثبت أن تنفيذ الالتزام كان نتيجة جهله بالعيب المشوب به التصرف .

وتجدر في هذا الصدد ، ملاحظة أن الكثير من أحكام القضاء ، ترى عدم امكان احتجاج المدين بجهله ، تطبيقا لقاعدة "لاعذر بجهل القانون" وبالتالي فان تنفيذه لالتزامه يعتبر اجازة ضمنية منه (1) الا اذا اثبت الغلط الذي وقع فيه .

بيد أنه ، يمكن الرد على هذا الاتجاه ، بأن القاعدة المذكورة ، لا تطبق في العلاقات بين الافراد ، اذ ان أساسها هي مقتضيات المصلحة الجماعية فقط ، وهذا ما نراه مع الكثير من الفقهاء (2)

ثانيا : <u>وسيلة الاثبات</u> :

يكون اثبات الاجازة الضمنية ، بكافة طرق الاثبات ، لسببين رئيسيين :

<u>أولهما</u> : ان من يتمسك بوجود الاجازة ، يستحيل عليه ، في هذه الحالة ، أن يأتي بدليل كتابي .

<u>ثانيهما</u> : ان الاجازة لا تصدر من الشخص الذي يتمسك بوجودها ، وانما تصدر من الطرف الاخر (المجيز) ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فان الاعمال التي تفيد الاجازة الضمنية (كما يقول ديموج) (3) تعتبر بالنسبة اليه وقائع مادية ، والوقائع المادية تثبت بجميع طرق الاثبات .

فاثبات الاجازة اذن — صريحة أو ضمنية — تسري عليه القواعد العامة فتحرير الاثبات كتابة ليس بلازم ، اذ يمكن دائما اقامة الدليل على الاجازة بالاقرار أو اليمين أو بالبينة أو القرائن .

ونشير أخيرا ، الى أن اثبات الاجازة لا يمكن أن يخضع لاحكام المادة 333 (3) ق م ج (المقابلة للمادة 1341 ق م ف والمادة 60 من قانون الاثبات المصري)

---

1 — راجع في هذا ما سبق قوله عند بحث شروط صحة الاجازة .

2 — وهو ما يراه كل من Laurent المرجع السابق ص فقرة 652
و Couturier المرجع السابق ص 20 فقرة 27

3 — انظر : ديموج : المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1921 ، ص 259 .

انظر ايضا ، مرقس ، نظرية العقد ، ص 406 فقرة 244

4 — يجري نص المادة 1/333 ق م ج كالاتي : في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دج او كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده او انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . ويلاحظ ان المادة 60 من قانون الاثبات المصري نصت على ما يلي في اخر هذه الفقرة (ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك

لأن هذه المادة انما تطبق في مواد العقود ، أما الاجازة فهي نزول من جانب واحد ، ويتمسك بها الغير ، فالمجيز لا يتمسك بها عادة ، لذلك فانه يشترط لا أبدا دليل كتابي لاثبات الاجازة من طرف الغير (1)

المطلب الثالث

الاجازة المفترضة (المقدرة)

تقضي المادة 1304 ق م ف بأن دعوى البطلان لعيوب الرضا تسقط بمضي خمس سنوات ، ان لم ينص القانون على وقت أقل (2) في حين أن كل الدعاوى في القانون الفرنسي تسقط بعد مضي ثلاثين سنة (3).

وقد حددت المادة 1304 تاريخ بدء سريان مدة الخمس سنوات من تاريخ ارتفاع الاكراه ، أو انكشاف الغلط أو التدليس ، أو بلوغ القاصر سن الرشد (4). وبعبارة أخرى ، فان هذا التاريخ يبدأ من نفس الوقت الذي يستطيع فيه صاحب الحق في الابطال اجازة التصرف .

أساس هذا التقادم :

يرى أغلب الفقه التقليدي أن أساس سقوط الدعوى المنصوص عليه في المادة 1304 ، هو اجازة ضمنية ، أي أن التقادم الخمسي هذا ، هو قرينة على الاجازة الضمنية . اذ يفترض أن من خوله القانون حق ابطال التصرف ولم يفعل خلال المدة المقررة ، يكون قد أجاز التصرف ضمنيا ((4)

ويلاحظ أن تفسير سقوط الحق في طلب الابطال بهذه الكيفية ، يجد سندا قويا في القانون المدني الفرنسي ، الا وهو نص المادة 1115 منه ، الذي يذكر أن ترك الطعن المدة الجائز فيها رفعه ، يعتبر صورة للموافقة على التصرف .

---

1 ـ انظر Demogue المرجع والموضع السابقين
" Couturier المرجع السابق . ص 33 فقرة 47

2 ـ وقد كانت هذه الدعوى تسقط بمضي 10 سنوات ، قبل تعديل المادة 1304 بتاريخ 3 جانفي 1968

3 ـ انظر المادة 2262 : (Toutes les actions, tant réelles que personnelles sont prescrites par 30 ans).

4 ـ وهذا مايراه Bufnoir المرجع السابق ص 739 وهو مايراه أيضا Trifonescu المرجع السابق . ص 99 وكذا Colin et Capitant ص 438 فقرة 778 : (Un laps de temps sans réclamation, doit fair présumer la ratification).

أي الاجازة (1) ، وهذا ماتراه أغلبية الفقهاء (2).

غير أن اعتبار سقوط الحق في طلب الابطال بمضي المدة المقررة قانونا اجازة ضمنية، مسألة منتقدة من طرف بعض الفقهاء المحدثين (3) فهؤلاء الفقهاء يرون أن فكرة الاجازة الضمنية ليست تفسيرا كافيا للنص المادة 1304، اذ لو كان الأساس القانوني لهذا النص هو قرينة على الاجازة باختيار الشخص وارادته، لأدى بنا الأمر الى القول بأن المدة التي يحددها النص لا يمكن أن يكون لها أثر ضد شخص لم يكن باستطاعته اجازة التصرف وعين منه، اذ قد يكون على غير علم بالتصرف أصلا، أو كان يجهل العيب الذي كان يشوب التصرف، ولنضرب لذلك مثلا بالخلف العام (الوارث) للمتعاقد الذي كان له حق اجازة تصرف ما، فقد يكون هذا الوارث غير عالم بالعيب الذي شاب التصرف، ومع ذلك فان المدة المقررة تسري عليه، وما دام يجهل العيب، فكيف نجرؤ ونقول أنه تنازل عن الحق في طلب الابطال ضمنيا ؟

اذن، فان فكرة الاجازة الضمنية في هذه الحالة، لا تكفي لتفسير نص المادة 1304، مادام التقادم ينتج أثره حتى في حالة ما اذا كان موقف المستفيد من دعوى الابطال، لا يثبت نيته في العدول عن هذه الدعوى.

ان أساس هذا التقادم، كما يرى هؤلاء الفقهاء، هو رغبة المشرع في الحفاظ على استقرار التعامل بين الأفراد، وبالتالي فان مسألة سقوط الحق في طلب الابطال، يقوم على أساس المصلحة العامة التي تقضي بتأييد الاوضاع المستقرة.

هذا بالنسبة الى القانون الفرنسي.

اما اذا ألقينا نظرة على قانوننا المدني، فنجده قد نص بدوره على سقوط الحق في الابطال لعيب في الرضا بمضي عشر سنوات من وقت كشف الغلط أو التدليس وانقطاع الاكراه، أو بلوغ القاصر سن الرشد وهذا في المادة 101، ق. ا. ثملا :

---

1 ـ المادة 1115، يجري نصها كما يلي : (Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixée par la loi).

2 ـ انظر كولان وكابيتان : المرجع السابق، ص 438 فقرة 778
راجع ايضا : تريفونسكي : المرجع السابق ص 98 وما بعدها

3 ـ جابيو ، المرجع السابق ص 814 وما يليها ، بلانيول وريبير ، نفس المرجع فقرة 315.

2 – (يسقط الحق فى ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال 10 سنوات . وتسرى هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى يكشف فيه ، وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه . غير أنه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه ، اذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد) (1) .

وفيما يتعلق بالاستغلال ، فان المادة 2/90 ق م ج تنص على أنه :
(يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة واحدة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة) .

وما يبدو من هذا النص ومن النص المصرى الذى يقابله (م 129) هو أنه يأخذ كما يرى الأستاذ جميل الشرقاوى (2) ، باعتبار قرينة الاجازة أساس سقوط الحق في الابطال في هذه الحالة (أى حالة البطلان لعيب فى الرضا) ذلك أنه مأخوذ عن المادة 31 من قانون الالتزامات السويسرى التى تصرح باعتبار الاجازة أساسا له ، ومن المادة 124 من القانون المدني الالماني التي تفسر سقوط الحق فى الابطال فيها بقرينة التنازل عن التمسك به .
فما يسمى اذن بالتقادم القصير الخاص بالبطلان لعيب فى الرضا ، والذى أوجده القانون الجزائرى نقلا من القانون المصرى ، ان هو الا صورة للاجازة يمكن تسميتها (الاجازة المفروضة بقرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس (3) .

ان المستفيد من دعوى الابطال – كما سبق القول – قد يجهل العيب المشوب به التصرف ، وقد لا يعلم بوجود التصرف اطلاقا – كما لو كان وارثا – فكيف اذن تجزم بأن مضي المدة المنصوص عليه قانونا ، هو بمثابة عدول عن طواعية واختيار من قبل الشخص ، خاصة اذا علمنا ان العلم بالعيب ونية الاجازة لا يفترضان ؟

لذا نرى أن أساس سقوط الحق فى الابطال ، اذا اعتبر اجازة مفترضة وهي لا شك كذلك – فانها تقوم على رغبة المشرع فى تأييد الأوضاع المستقرة ، وما يحققه ذلك من مصلحة عامة تتمثل فى استقرار التعامل فى المجتمع .

---

1 – تقابل المادة 140 ق م . مصرى ، مع ملاحظة أن القانون المصرى يجعل المدة التى يسقط بعدها الحق فى طلب الابطال ثلاثة سنوات فقط .
2 – جميل الشرقاوى : المرجع السابق : ص . 310
3 – جميل الشرقاوى : المرجع السابق : ص . 312

ونحن نرى أن هناك فرقا بين الاجازة الضمنية والاجازة المفترضة . فاذا كانت الأولى تستفاد من التنفيذ الاختياري من طرف من خوله القانون حق الابطال أو من اتخاذه مسلكا قاطع الدلالة على مقصوده، فانه في الثانية، يتخذ هذا الشخص موقفا سلبيا يتمثل في سكوته عن التمسك بحقه، والسكوت عن طلب الابطال مهما طالت مدته، لا يعد اجازة ضمنية . ومن هذا يبدو الفرق بين الاجازة الضمنية والاجازة المفترضة .

وقد نصت المادة 237 موجبات وعقود لبناني على ثلاثة أنواع أو صور للاجازة بقولها : (التأييد أيا كان شكله مقدرا كان أو صريحا أو ضمنيا). فأساس تقادم سقوط الحق في طلب الابطال في هذا القانون، هو التأييد المقدر. ويقصد بالتأييد المقدر (المفترض) Confirmation présumée الاجازة المفترضة من مرور الزمن .

ويلاحظ في الختام أنه اذا كان للاجازة -كما ذكرنا- أثر رجعي (1) فان لسقوط الحق في الابطال بمضي المدة، نفس هذا الأثر أيضا .

غير أن الاستاذ السنهوري (2) يرى فرقا بينهما من حيث تأثر حقوق الغير، ويقول انه اذا كانت الاجازة لا يمكنها ان تضر بحقوق الغير، فان هذه الحقوق تتأثر اذا سقط الحق في الابطال بالتقادم .

غير أننا لا نوافق الاستاذ السنهوري فيما ذهب اليه، ونرى أن الاجازة أيا كانت صورتها : صريحة أو ضمنية أو أن الحق في الابطال سقط بمضي المدة لا يمكن أن تضر بحقوق الغير (3) .

وهكذا ننتهي الى القول، ان الاجازة تكون اما صريحة أو ضمنية أو مفترضة .

---

1 - وعلى هذا نصت المادة 100 ق م ج، غير أن هذا محل نظر، كما سنرى.

2 - السنهوري : الوسيط، ج 1، ص 523 فقرة 321

3 - انظر في هذا المعنى : علي علي سليمان : شرح القانون الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية بدون تاريخ، ص 407 و 408

البـــاب الثـــانـــي

نـطـــاق الاجـــــازة

كي ينعقد العقد صحيحا ، يستلزم المشرع توافر شروط معينة فلابد لقيام العقد من توافر الرضا والمحل والسبب . وقد يلزم فوق ذلك ركن رابع هو الشكل في العقود الشكلية ، أو التسليم في العقود العينية (1) وبدون هذه العناصر لا يقوم العقد ، بحيث اذا لم تتوافر كلها أو بعضها أو أحدها ، كان العقد باطلا (2) ولا يترتب عليه أي أثر (Quod nullum est nullum producit effectum)

والاجازة ، كما سبق أن رأينا ، تصرف غايته النزول عن طلب ابطال العقد الذي كان مشوبا بعيب يجيز ابطاله . انها بعبارة أخرى ، النزول عن حق الطعن في هذا العقد ، لذا نرى لكي نقف بوضوح على نطاق الاجازة ، أن نبحث عن نوع البطلان الذي يمكن أن تلحقه الاجازة ، الأمر الذي يحتم علينا ، ولو في غير تفصيل كبير ، التعرض لتقسيم البطلان ، وسيكون هذا في الفصل الأول من هذا الباب ، وبعد ذلك نتناول في الفصل الثاني ، نوع البطلان الذي تلحقه الاجازة .

الفصل الاول

تقسيم البطـــلان

وندرج تحت هذا الفصل مبحثين . نخصص أولهما لماهية البطلان وتمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له . ونورد في ثانيهما أنواع البطلان في كل من النظرية التقليدية و الحديثة في البطلان .

---

1 ـ يلاحظ انه لم يرد في ق م ج عقود عينية الا الرهن الحيازي ، وعقد الهبة الواقعة على منقول في ق م المصري .

2 ـ لقد قدمت رسائل عديدة في الفقه الفرنسي بخصوص نظرية بطلان العقد منها :

- Drogoul : Essai d'une théorie générale des nullités. Thèse, Aix, 1902.
- Japiot : Des nullités en matière d'actes juridiques. Thèse, Paris 1909.
- Piedelièvre : Des effets produits par les actes nuls. Thèse, Paris 1914.
- Lutzesco : Essai sur la nullité des actes juridiques à caractère patrimonial. Thèse, Paris 1938.

أما الفقه العربي ، فلم يقدم لنا فيما نعلم الا رسالتين أحداهما رسالة جميل الشرقاوي المشار اليها سابقا ، وثانيتهما رسالة قد متب بجامعة الجزائر في سنة 1976 من طرف السيد محمد حبار .

المبحث الاول

ماهية البطلان وتمييزه عن بعض الانظمة القانونية المشابهة

وندرس في هذا المبحثين مسألتين، الأولى تتعلق بتحديد ماهية البطلان • والثانية نتناول فيها تمييز البطلان عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية •

المطلب الاول

ماهية البطلان

يعد تعريف الفقيهين الكبيرين أوبري ورو، التعريف الدافع للبطلان في الفقه الفرنسي • فالبطلان عندهما هو : (عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهي من القانون (1) •

غير أننا اذا دققنا النظر في هذا التعريف، وجدناه لا يسلم من النقد ، وهذا من ناحيتين (2) :

الاولى : انه يجعل البطلان (عدم الصحة أو عدم النفاذ) بالخيار بين أي من المصطلحين، أي أنه يسوى بين معنى كل منهما على حدة، وبين معناهما معا ومعنى البطلان ، أضف الى ذلك ، أن مصطلح invalidité (عدم الصحة) يعني بالضبط البطلان، ولذا فان هذا المصطلح لا يزيدنا ايضاحا لمعنى البطلان اذا عرف به ، بل يكون هو بدوره في حاجة الى التوضيح •

<u>الثانية</u> : ورغم أن هذا التعريف يسوى بين معنى الكلمتين ، فانهما مع ذلك تختلفان • فاذا كان عدم الصحة ينصب على التصرف في ذاته ، فعدم النفاذ معناه عدم امكان تحقق التصرف، وذلك دون ان يكشف ان السبب في ذلك هو في ذات التصرف، أي ان عدم النفاذ معناه فقط أن اثر التصرف لا يتحقق كما يقول الفقيه Japiot (3) •

1 ـ انظر أوبري ورو • ج 1 الطبعة 5 فقرة 37 حيث يقولان :
(La nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant à uneoommandement ou à une défense de la loi).

2 ـ انظر في هذا المعنى أيضا : جميل الشرقاوى • المرجع السابق ص 54 و 55
راجع ايضا : محمد عبد الرحيم عنبر • المرجع السابق ص172 و 173

3 ـ انظر : Japiot : المرجع السابق، ص 22 ، حيث يرى ان عدم النفاذ :
(... indique seulement que l'effet ne se produit pas).

وذلك بدون أن [illegible] السبب [illegible] التصرف [illegible] عدم النفاذ [illegible]
[illegible] أن أثر التصرف [illegible] كما يقول [illegible] (...)

مهما كان الأمر في تعريف البطلان ، فهو كما يقول Ripert et Boulanger (1):
(الوسيلة التي بها يمكن تحقيق حماية القواعد القانونية) • ومن هذا التعريف يظهر
أن للبطلان طابعا زجريا ودورا وقائيا في آن واحد
un caractère repressif et un rôle [illegible] préventif.
ويتمثل الطابع الزجري (أو الرادع) في منع انتاج التصرف الذي لم تراع فيه الأجراءات القانونية أي أثر في الماضي أو المستقبل ، أما الدور الوقائي للبطلان ، فيظهر في احجام الأفراد عن ابرام عقد يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة •

أما التعريف الذي نراه ، فهو أن (البطلان هو الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلاله) وهذا ما يجمع عليه الفقه العربي والفرنسي على حد سواء (2) •

ان ارادة الأفراد التي كانت تنوي ترتيب التزامات على مثل هذا العقد تكون ارادة عاجزة من الناحية القانونية ، لأنها لم تراع ما نص عليه القانون في ذلك ، وما لم يكن للارادة سند قانوني ، فان العقد الذي رامت ابرامه يكون دون أثر فهو عقد لاقيمة له قانونا •

المطلب الثاني

تمييز البطلان عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة

بعد أن حددنا مفهوم البطلان بصورة موجزة ، وانتهينا الى تعريفه ، يحسن بنا ان نقارنه ببعض الأنظمة التي تشبهه ، في أنها تمس آثار التصرف القانوني ، والتي يصل الشبه بين أثرها وأثر البطلان في بعض الأحوال الى حد أن الفقه يحاول التقريب بينهما • ونتناول في هذه المقارنة كلا من نظامي عدم السريان والفسخ ونمدها لتشمل الصورية والعقد الموقوف •

---

1 [illegible] المرجع السابق ، ص 22 [illegible] عدم النفاذ

1 – Ripert et Boulanger: ج 2 ص 254 ص 686

2 – يرى السنهوري في الوسيط ج 1 ص 486 فقرة 298 ان البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها •
انظر ايضا في هذا المعنى : J.L. delamorandière : traité de droit civil T.II Paris 1959 P. 421 n° 743
راجع ايضا : J. Chevallier : inexistance, nullité et annulabilité des actes juridiques, P.513 et s, (Travaux de l'association henry Capitant T.XIV, 1965).

الفرع الأول : البطلان وعدم السريان :

للتمييز بين هذين النظامين ، نرى بادئ ذي بدء ، تعريف عدم السريان ، ثم أوجه الخلاف بينه وبين البطلان :

اولا : المقصود بعدم السريان : L'inopposabilité

ويطلق عليه أيضا (عدم النفاذ) أو عدم الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير

ويقصد بعدم النفاذ ، عدم سريان أثار العقد في مواجهة الغير ، مع بقائه منتجا لآثاره بين المتعاقدين (1) ، ولهذا الغير كما يقول الفقيه مازو (2) أن يتجاهل وجود العقد .

وتعتبر نظرية عدم السريان من عمل الفقه الذي استند في وضعها على مجموعة من النصوص القانونية التي لا تكفي لاعتبارها نظرية متكاملة (3) .
اما المشرع الجزائري ، فقد رأى – على غرار المشرع المصري – الأخذ بهذه النظرية ، وأطلق عليها تسمية (عدم النفاذ) ، وذلك في مواطن متعددة من القانون المدني ، منها ما يتعلق بالعقد الصحيح (المواد 191 ، 199 ، 776) ومنها ما يتعلق بالعقد القابل للابطال (م 397) .

وبالرجوع الى المواد المشار اليها أعلاه ، نرى أن عدم السريان في حق الغير هو جزاء مقصور على غير المتعاقدين ، أي أن العقد ينشأ صحيحا وينتج آثاره جميعا فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير لسبب من الأسباب ، غير أن هناك قاسما مشتركا بين هذه الاسباب وهو قصد الشارع حماية الغير ذوي الحقوق الذين قد يضارون بسبب هذا العقد .

لكن ما المقصود بالغير في هذا الصدد ؟

لا يقصد بالغير هنا من يعتبر اجنبيا تماما عن العقد ، وهنا ما يسمي Penitus extraneus

---

1 – انظر على الأخص : D.Bastian: Essai d'une théorie Générale de l'innopposabilité, thèse Paris 1929 P.3
انظر كذلك السنهوري الوسيط ج 1 ص 488 فقرة 299
راجع ايضا : Yvaine Bufelan – Lanore : Essai sur la caducité des actes juridiques en droit civil, Paris 1963, P.110

2 – انظر مازو . دروس في القانون المدني . ج 2 الطبعة الرابعة 1969 ص 277 فقرة 295

3 – باستيان (Bastian): المرجع السابق ص 1

(أي الغير البعيد) ، لأن عدم سريان العقد بالنسبة الى الأجانب تماما محكوم بالقاعدة العامة في نسبية أثر العقد (1) .

انما يقصد بالغير ، كل من لم يشترك في العقد ، ولكن يتعلق حقه بالتصرف موضوع العقد (2) وهو ما يسمى بالخلف الخاص . وفي هذه الحالة ، رغم أن عدم النفاذ في مواجهة الغير لا يؤثر في صحة العقد ، فان لهذا الأخير أن يتجاهل وجود العقد ، ويرتب أموره على أساس أنه لا يتأثر بما يرتبه من نتائج ، مثال ذلك ، العقد الذي يعقده المدين المعسر اضرارا بدائنيه ، فهو صحيح فيما بين عاقديه ، ولكنه لا يسري في حق الدائن اذا طعن فيه بالدعوى البولصية .

ثانيا : أوجه الخلاف بين البطلان وعدم السريان :

يمكننا القول بأن البطلان يتميز عن عدم السريان من الاوجه التالية :

- من حيث الموضوع - والأشخاص - والأثر - والزوال .

1 - من حيث الموضوع : ان البطلان جزاء لقواعد تكوين العقد . وهو اما ان يكون مطلقا أو نسبيا ، كما سوف نرى في حينه .

- فالعقد الباطل بطلانا مطلقا ، هو ما تخلف فيه ركن من أركانه أو فقد شرطا من شروطه المحل أو السبب .

- أما العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فهو ما استوفى أركانه ، ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة .

أما عدم السريان ، فيرد على العقد الصحيح ، فينتج هذا العقد آثاره فيما بين طرفيه ، ولكنه لا يسري في حق الغير ، كالعقد الحقيقي في الصورية فهو صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ في حق الغير .

وقد يرد عدم السريان على العقد القابل للابطال ، وفي الوقت ذاته لا يسري في حق الغير ، فبيع ملك الغير قابل للابطال فيما بين المتعاقدين ، ثم هو لا يسري في حق المالك الحقيقي ، وقد يجيز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان (3) .

---

1 - Bastian: thèse précitée P. 4 et 5

2 - توفيق حسن فرج . نظرية العقد . ص 196

3 - السنهوري . الوسيط ج 1 ص 488 فقرة 399

2 ـ من حيث الأشخاص : ونقصد بهذا من يخوله القانون حق التمسك بكل من البطلان وعدم السريان . فبالنسبة الى البطلان ، يختلف الأمر بحسب ما اذا كنا ازاء بطلان مطلق أو نسبي .

فاذا كان البطلان مطلقا ، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، بل وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (م 102 ق م ج) أما اذا كان نسبيا ، فان التمسك به قاصر على من شرع لحمايته (م 99 ق م ج) .

واذا رجعنا الى عدم السريان ، فاننا نجده في هذه النقطة يقترب كثيرا من البطلان النسبي ، بحيث يكون الشخص الذي يتمسك بعدم السريان هو من شرع هذا الحق حماية له ، على غرار البطلان النسبي . لكنهما مع ذلك يختلفان في كون الشخص الذي يخوله القانون الحق في الطعن بالبطلان طرفا في العقد ، أما عدم النفاذ فمقرر لصالح من لم يشترك في ابرام العقد .

3 ـ من حيث الأثر : ان البطلان كما قلنا ، يرجع الى خلل في تكوين العقد ، ويترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن (اذا كان مطلقا) فيما بين المتعاقدين وبالتالي بالنسبة الى الغير أيضا ، أما العقد غير الساري في حق الغير ، فسيعتبر صحيحا منتجا لآثاره فيما بين عاقديه منذ ابرامه ، ولكنه لا يحتج به على الغير . فعدم النفاذ لا يكون الا بالنسبة الى هذا الغير ، وهو الأجنبي عن العقد ، فلا ينفذ في حقه عقد لم يشترك فيه بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يعنيه (1) .

فبيع ملك الغير صحيح منتج لآثاره فيما بين طرفيه قبل أن يقره المالك الحقيقي ولكنه لا يسري في مواجهة الغير قبل اقراره له .

4 ـ من حيث الزوال : تنص المادة 100 من ق م ج على زوال الحق في ابطال العقد بالاجازة . أما العقد الباطل بطلانا مطلقا ، فهو في حكم العدم ، ولا تلحقه الاجازة . وأما عدم السريان فيزول أثره اذا أقره من خوله القانون الحق في التمسك به ، وقد سبقت الاشارة الى ما بين الاجازة والاقرار من فرق .

---

1 ـ سليمان مرقس : شرح القانون المدني : الالتزامات طبعة 1960 ص 332
عبد الرزاق حسن فرج : المرجع السابق . ص 179
انظر كذلك : tarck : op cit P. 496 n° 1620
eill et Terré : op cit P. 320 n° 228

الفـــرع الثـــاني

البطـــــلان و الفســــخ (1)

يترتب على تطبيق كـل من البطلان والفسـخ ، انحـلال الرابطة العقديـــة . لكن هذا هـو الشبـه الوحيد الذى يلتقي فيـه النظـامـان ، اذ تبقى لكـل نظـام منهمـا قـواعده الخاصة به المختلفة عن قـواعد النظام الآخـر . ويتجلى الاختلاف بينهمـا سـوا ء من حيث السبب أو النطـاق أو من حيث الوصف ، وكـذا من حيث سلطة القاضي التقديـريـة .

1 - من حيث السبب : اذ أن البطلان هو جـزاء لعدم استجماع العقـد لاركـانه أو لشـروط صحتـه عند تكـوينه ، أى أنـه يـرجع الى علة صـاحبت ابرام العقـد ، فـان الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتـزامه (2) .

فقد يطـرأ بعد انعقـاد العقد مـا يضع حدا لفاعليته ، فيتوقف عن تـرتيب اثاره . فالفسخ اذن يفتـرض وجود عقد صحيح ولكـن واقعة لاحقة على نشـوئه هي التى أجـازت طلب فسخه .

2 - من حيث النطـاق : ان نظرية البطلان أوسع نطاقـا من نظرية الفســخ ، ذلك أن الفسخ لا يكون الا في العقود التى تولد التـزامـات متبـادلة (المادة 119/2 ق م ج) اذ أن الفسخ يفتـرض وجود عقد صحيح ولكن واقعة لاحقة على نشـوئه هي التى أجـازت طلـب فسخه ، وهذه الواقعة هي عـدم قيـام أحد المتعاقدين بتنفيذ التـزامه ، الأمـر الذى يخـول المتعاقد الآخـر ، طلب حل الرابطة العقدية ليتخلص هو الآخـر من تنفيـذ التـزامـه .

أما نظرية البطلان ، فيمكن تطبيقها بغض الطرف عن كـون العقد ملـزما لجـانب واحد أو لجـانبين ، اذ أن سبب البطلان ليس عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتـزامه كمـا هـو الشـأن في الفسـخ ، بـل هو سبب آخـــر .

---

1 - راجع في موضوع الفسخ على الخصوص ، البحث القيم الذى قـدمه السيـــد عبد الكـريم بلعيور لجامعة الجـزائر في سنـة 1983 لنيـل شهـادة الماجستيـر في القـانون الخاص ، تحت عنـوان نظرية فسخ العقـــد في ق م ج ، ص 91 .
انظر ايضا : ابراهيم ابو النجـا : مذكرات في نظرية الفسخ ، ألقيت علـى طلبة المـاجستير ، الجزائر سنة 1980 - 1981 .

2 - راجع المادة 119 ق م ج التى تنص في فقرتها الاولى : (في العقـــود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعـاقـد الأخـر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيـذ العقد أو بفسخـه ، مـع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلـــك)

3 ـ من حيث الوصف : ان الفسخ يرد على العقد بعد أن يكون قد نشأ نشأة صحيحة ، أى أن العقد قبل طلب الفسخ عقد صحيح منتج لآثاره . بينما يرد البطلان على عقد لم ينشأ نشأة صحيحة . وبناء عليه فان نظام الفسخ يكون دائما لاحقا لابرام العقد ، بينما يكون البطلان معاصر التكوينه .

4 ـ من حيث سلطة القاضى التقديرية : ان القاضي ليس مجبرا دائما على الحكم بالفسخ لصالح الدائن به ، فله فى ذلك سلطة تقديرية ، فى الحكم بفسخ العقد ، أو عدمه حسبما جاء فى المادة 2/119 ق . م . ج (1) لكن هذه السلطة التقديرية تنعدم بالنسبة الى البطلان ، فمتى تحققت شروطه ، فانه لايكون فى وسع القاضى الا الحكم به .

ومما سبق يمكننا أن نقول ، ان الفسخ يؤدى الى زوال الحالة القانونية الناشئة عن العقد حتى بين العاقدين ، بيد أنه اذا كان أثر الفسخ هذا شبيها بأثر البطلان (2)، فان هذا الأخير والفسخ يختلفان خاصة من حيث سبب هذا الأثر ، فاذا كان العقد فى حالة البطلان لم يستوف اركان وجوده أو صحته ، فان اركان العقد فى حالة الفسخ سليمة مستوفية لشروطها ، وانما ما أدى الى انهيار العقد فى الفسخ هو تحقق واقعة لاحقة على نشوئه (3) .

الفرع الثالث

البطلان والصورية

يجب تمييز البطلان عن الصورية La simulation ، فنكون ازاء الصورية فى حالة ما اذا أراد المتعاقدان اخفاء ارادتهما الحقيقية تحت ستار تصرف آخر . ويلجأ المتعاقدان عادة الى الصورية عندما يريدان اخفاء ماتعاقدا عليه لسبب قام عندهما (4) .

---

1 ـ تنص الفقرة الثانية من المادة 119 على انه (يجوز للقاضي ان يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات).

2 ـ قارن المادتين 103 و 122 ق . م . ج

3 ـ انظر فى هذا Ripert et Boulanger المرجع السابق ص 257 فقرة 692

4 ـ انظر Starck المرجع السابق ص 496 فقرة 1627
راجع ايضا . السنهورى . ج 2 . ص 1073 فقرة 608

ومثال ذلك : هبة مستورة تحت شكل عقد بيع .

ففي الصورية اذن تصرفان : تصرف ظاهر Acte apparant وهو التصرف الصوري Acte simulé وتصرف مستتر Acte secret وهو التصرف الحقيقي .

وقد تكون الصورية مطلقة اذا كان التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة (كمن يبيع في الظاهر لشخص عينا معينة ، ويتفق معه على عدم خروج العين من ذمته ولا الحصول على الثمن) وقد تكون نسبية اذا أراد الشخص اخفاء حقيقة التصرف القانوني في صورة تصرف آخر (كعقد البيع الذى يخفي هبة مستترة) .

بيد أن الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان ، ففي مثالنا السابق ، فان التصرف الحقيقي الا وهو الهبة ، هو مبدئيا تصرف صحيح ، غير أن التصرف الظاهر هو الذى يسرى في مواجهة الغير .

الفرع الرابع

البطلان والعقد الموقوف

يتميز البطلان عن حالة العقد الموقوف . فالعقد قد يكون صحيحا في ذاته لكنه لا يرتب أثر بين طرفيه ، ولا يسرى في مواجهة الغير ، فيقال أن العقد موقوف (1) .

وحكم هذا العقد ، أنه لا تترتب عليه آثاره ، الا اذا أجازه من له الحق في ذلك ، فان لم توجد هذه الاجازة بطل (2) وبعبارة أخرى ، اذا صدرت الاجازة للعقد الموقوف أصبح عقدا نافذا ، وعندئذ تسرى عليه أحكام العقد الصحيح النافذ ، أما اذا لم تصدر الاجازة ، فالعقد الموقوف يبطل وعندئذ تسرى عليه احكام العقد الباطل .

فالعقد الموقوف كما يتضح من معناه عقد غير مستقر ، فقد يؤول الى أن يكون عقدا صحيحا نافذا ، وقد يؤول الى أن يكون عقدا باطلا .

---

1 ـ سبقت الاشارة الى العقد الموقوف في معرض الحديث عن الاجازة في الفقه الاسلامي .

2 ـ انظر : عيسوى احمد عيسوى . المرجع السابق . ص 508
انظر ايضا : عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق ص 259 فقرة 127

اذن ،فبين العقد الموقوف والبطلان فارق جوهري:
فالعقد الباطل بطلانا مطلقا فى حكم العدم لأنه لم يستكمل أركان وجوده .
اما العقد ،الموقوف ،فقد نشأ صحيحا ،لكنه لا يرتب أثاره حتى يجاز ، هذا
من جهة .
ومن جهة ثانية ،فان العقد القابل للابطال ،يرتب آثاره الى أن يقضي ببطلانه
مالم يكن سبق أن أجيز ممن يملك الاجازة . أما العقد الموقوف فانه اذا كان صحيحا
فانه لا يرتب أثاره الى أن يجيزه من له الحق فى اجازته أو اقراره من غير المتعاقدين ،
كما هي الحال بالنسبة الى العقد الذى يعقده النائب باسم الاصيل ولكن خارج
حدود النيابة (1) .

وننتهي الى القول مع الاستاذ السنهوري (2) الى أن العقد الموقوف
هو صورة عكسية من العقد القابل للابطال . فالعقد الموقوف باطل حتى ينفذ
بالاجازة ،أما العقد القابل للابطال فنافذ حتى يبطل بعدم الاجازة .

غير أنه مع ذلك ،نجد أن الاستاذ شفيق شحاته (3) يرى أن العقد
الموقوف ليس الا صورة للعقد الباطل ،لكن الرد على هذا الرأى ليس صعبا فيما نرى ،
ذلك أن التصرف فى فترة وقفه لا يكون له وجود مادى فحسب ،بل يكون له أيضا وجود
قانوني لأن العقد انعقد صحيحا ،ولكن هذا الوجود القانوني لا تترتب عليه آثاره ،
فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ،لكنه يفارقه فى أن الآثار موقوفة
وليست منعدمة وهي على خطر الزوال أو النفاذ (4) .

هذا ،وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية العقد الموقوف
بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ،وفكرة عدم النفاذ فى حالة التصرف فى ملك
الغير (5).

---

1 - انظر فى التعاقد بالنيابة المادة 73 ق . م . ج وما بعدها

2 - السنهوري . مصادر الحق فى الفقه الاسلامي . ج 4 ص 276

3 - انظر : Chafik Chehata : théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite. les sujets de l'obligation, Paris 1969 P.138 n° 185.

4 - انظر فى هذا . السنهوري . المرجع السابق ص 181

5 - وقد نص هذا القانون على ذلك فى المادتين 134 و 135 منه

المبحث الثاني

أنواع البطلان

وجدت في الفقه نظريتان في أنواع البطلان : النظرية التقليدية ، والنظرية الحديثة ، ونحاول بقدر الامكان الاحاطة بالأفكار الأساسية ، في ظل كل من هاتين النظريتين في هذا الصدد ٠

المطلب الأول : أنواع البطلان في النظرية التقليدية :

قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثنائي للبطلان ، لكن ظروفا تشريعية معينة أدت الى تعقيد المسألة ، بحيث ارتأى البعض ادخال نوع ثالث ، وهو ما سمي بالانعدام L'inexistence

ونتعرض أولا للتقسيم الثنائي للبطلان : الى مطلق و نسبي ، ثم نتناول فكرة الانعدام وما تعرضت له من انتقاد ٠

الفرع الأول : التقسيم الثنائي للبطلان الى مطلق و نسبي :

اولا : أساس هذا التقسيم : يقيم الفقه التقليدي هذه التفرقة على أساس النظر الى توافر عناصر العقد أو عدمه ٠

ـ فتخلف عنصر من العناصر الأساسية التي يقوم عليها العقد ، من رضا ومحل و سبب وشكل اذا استلزم القانون ذلك ، يرتب البطلان المطلق ٠ وهذا ما كان يطلق عليه "البطلان الطبيعي Nullité Naturelle (1) لأن المنطق يقضي بذلك مادام ، التصرف لا يكون صحيحا في غياب أحد عناصره ؛

ـ أما اذا كان هناك عيب يلحق بعنصر من هذه العناصر ، فيكون البطلان نسبيا (2)

ثانيا : تقدير هذا الرأي : انتقد هذا الرأي من عدة أوجه هي :

1 ـ هناك حالات يكون فيها أحد العناصر اللازمة لتكوين العقد موجودا لكنه معيب ، ومع ذلك فان البطلان يكون مطلقا لا نسبيا ، كما في حالة عدم مشروعية المحل او السبب ٠ أما اذا أجازينا منطق هذا الرأي ، فانه يؤدي بنا الى اعتبار البطلان في مثل تلك الحالات نسبيا فقط ، لأن المحل والسبب ، رغم العيب الذي يشوبهما موجودان ، فالسبب موجود و لكنه معيب ، وكذلك المحل ، ومع ذلك فان البطلان مطلق لا نسبي في هذه الحالة (3) ٠

---

1 ـ انظر : Valdelièvre op cit P. 18

2 ـ راجع : Colin et Capitant:op cit P.425n°749

3 ـ انظر : Demolombe : traité des contrats P.16n° 21

2 ـ ان التفرقة بين تخلف عنصر من عناصر التصرف ، وبين عدم كفاية عنصر من هذه العناصر بتخلف شرط من شروطه ، أمر يتعذر قانونا ، لأن كلا منهما يفيد عدم تحقق شرط تطلبه القانون (1) ·

3 ـ ان هذا المعيار لم يعمل به حتى من قبل من يقول به · فهذا الفقه يسوى من حيث النتيجة بين تخلف عنصر من عناصر التصرف وعدم كفاية أحد هذه العناصر (2) فيكون البطلان مطلقا فى الحالتين ، كعدم تعيين المحل أو مخالفة السبب للنظام العام ·

الفرع الثاني : فكرة الانعدام (3)

أولا : الاساس التاريخي لفكرة الانعدام : كانت النظرية التقليدية تفرق بين البطلان المطلق والانعدام · وقد كان ظهور فكرة الانعدام بمناسبة عقد الزواج الذى لم ينص القانون المدنى صراحة على بطلانه اذا تخلفت بعض شروطه الجوهرية كما في حال اتحاد جنس الزوجين Identité de sexe أو كما اذا تولى اجراء العقد من ليست له صفة فى اجرائه · ولما كان الفقه وقت وضع القانون المدنى الفرنسي ، متمسكا بقاعدة (أن لا بطلان بدون نص (Pas de nullité sans texte) فقد عمد الى ابتداع فكرة الانعدام كنوع جديد من البطلان ، ليواجه مثل هذه الحالات · وهو جزاء لا يحتاج الى نص لتقريره لأنه يفرض بداهة Par le bon sans ونظرا لطبيعة الاشياء la nature des choses · وكان الأولى عدم التقيد بتلك الفكرة الضيقة · غير أن مجال فكرة الانعدام هذه ، قد توسع بعد ذلك ليشمل كافة التصرفات القانونية (4) وبذلك أخذت فكرة الانعدام فى الزحف الى نطاق البطلان المطلق نظرا لتشابههما التام فى الأحكام ، الأمر الذى أدى بالبعض الى القول بأن البطلان ينقسم الى نوعين فقط هما الانعدام والبطلان النسبي (5) ·

---

1 ـ انظر : zesco : op cit P. 39 et s .

2 ـ انظر فى ذلك · جميل الشرقاوى · المرجع السابق ص 341 فقرة 120

3 ـ أنظر فى نظرية الانعدام لتزسكو ، الذى خصص لها كل الفصل الثاني من الباب الاول من رسالته المشار اليها (الصفحات من 174 الى 262)

4 ـ انظر endy : des intêrets de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, RTDC, 1911 P. 37

5 ـ بيز (Pize) رسالة فى النظرية العامة فى التفرقة بين الانعدام والبطلان النسبي ليون 1897 ص 261 أشار اليها جميل الشرقاوى · رسالته ص 337 فقرة 119 ·

[illegible]

ثـانيا :نقـد فكـرة الانعـدام (1) :تعرضت فكرة الانعدام لانتقـادات هامة هي :

1 ـ انها غير دقيقـة : فـالفقهاء الذين اقترحوها لم يستطيعوا أن يـأتـوا بحالات من الواقع محددة على سبيل الحصر يمكن تطبيقها عليها .لذا فان الفقه الحديث مجمع على هجرها ، وأدخل الحالات التي كـانت تعالج تحت فكرة الانعدام ،ضمـن حـالات البطلان المطلق ،نظرا لأن العقد لايرتب آثـارا في كـلتا الحالتين .

2 ـ انها غيـر مفيـدة :ويرجع عدم فائدتها الى كون آثـارها هي نفس الآثـار التى تترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقـا ،وهذه الآثـار تتمثل في حق التمسك به من قبـل كل ذي مصلحة ،واستحالة اجازته أو سقوطه بالتقادم . وهذا ماقضت به محكمـة النقض الفرنسيـة اذ أعتبـرت أن العقد المنعدم كـالعقد الباطل بطلانا مطلقـا سـواء بسـواء (2) .

3 .انهـا منـافيـة للمنطـق : ان العقد الباطل بطلانا مطلقا ،ليس له وجود قانوني ،فهـو يستوى في الانعدام مع العقد المنعدم ،ولا يمكن أن يقـال أن العقد المنعـدم أشد انعداما من العقد الباطل بطلانا مطلقـا ،فلا تفـاوت في العدم ،كمـا يقول الأستـاذ السنهـوري .

4 ـ وأخـيرا ،فانه يمكننا أن نـرد على قول أنصـار نظرية الانعدام ،بـأن الانعدام لايحتـاج الى حكم ببطلانه ،بينمـا العقد الباطل بطلانا مطلقـا يجب فيـه ذلـك ، بقولنـا ان حجتهم هذه واهية لاتصمـد أمـام النقد ،لأن مسـألة اللجوء الى القضـاء أو الاستغنـاء عنه ،لاعلاقة لها بكون العقد منعدما أو باطلا بطلانا مطلقـا ،فـالعبرة هنا بالموقف الذي يتخـذه ذوو الشـأن ،اذ الأمـر لايخلو من أحـد فـرضيـن .

---

1 ـ انظر في انتقاد نظرية الانعدام :

rard de la Pradelle : les conflits de loi en matière de nullités, Paris 1967 P.43 et s.

انظـر ايضـا : aine Bufelan - Lanor op cit P. 108

2 ـ حكم بتاريخ 4 اوت 1952 ذكـره كولان وكـابيتان ـ المرجع السابق ص 425 فقـرة 748.

فالفرض الأول : هو حصول اتفاق الأطراف اما على تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه ، وحينئذ يعمل بالاتفاق •

أما الفرض الثاني : فيتمثل في حالة عدم اتفاق الاطراف ، فحينئذ لا مفر لحسم النزاع من اللجوء الى القضاء • ويكون على القاضي أن يتحقق من توافر الشروط التي يستلزمها القانون لصحة التصرف أو عدمه ، بحيث يحكم برفض طلب تنفيذ العقد متى تبين له أن لا مجال للتنفيذ (1) •

وخلاصة القول ، ان هذه الانتقادات كانت بمثابة الصخرة التي تحطمت عليها حجج القائلين بالانعدام ، بحيث لم تعد تقوم لها قائمة ، فهجرها الفقه الحديث ، وكذا لم يعد القضاء يعمل بها ، كما لا يعتد بها التشريع •

تلك هي اذن انواع البطلان في الفقه التقليدي • واذا اردنا — كما يقول بعض الفقهاء (2) مجاراة التقليديين في اصطلاحات علم الحياة ، لوصف التصرفات الباطلة ، كان التصرف المنعدم مولودا ميتا ، والباطل بطلانا مطلقا مصابا بمرض فاتك ، أما الباطل بطلانا نسبيا فمرضه طفيف قابل للشفاء •

---

1 — راجع: Colin et Capitant : op cit P.425 n° 748
Valdelièvre : op cit P. 19 et 20

2 — انظر في هذا الشأن ، جميل الشرقاوي : رسالته ، ص 333 فقرة 113

راجع كذلك: M.P.Kayser : nullité d'ordre public, R.T.D.C., 1963 P. 1121.

المطلب الثاني

أنواع البطلان في النظرية الحديثة

ندرج تحت هذا المطلب فرعين نتناول في الاول التقسيم الثنائي للبطلان ، وفي الثاني أساس هذا التقسيم .

الفرع الاول : التقسيم الثنائي :

هجرة الفقه الحديث التقسيم الثلاثي للبطلان ، وهو يكاد يجمع الآن أ [illegible] على تقسيم ثنائي له . هو تقسيمه الى مطلق ونسبي .

فالبطلان المطلق : يتحقق اذا تخلف في العقد ركن أو أكثر من أركان انعقاده ، بأن كان الرضا معدوما ، أو كان المحل مستحيلا أو غير معين أو غير مشروع ، أو كان سبب الالتزام متخلفا أو سبب العقد غير مشروع ، أو كانت الشكلية غير متوافرة ، حيث يتطلب القانون توافرها .

- أما البطلان النسبي : فيتحقق في حالة ماذا تخلف في العقد شرط من شروط الصحة ، بأن كان أحد طرفيه ناقص الأهلية ، أو كانت ارادته معيبة بعيب من عيوب الرضا . والعقد في هذه الحالة يكون صحيحا منتجا لكل أثاره ، ولكنه مهدد بالزوال متى طلب ابطاله أحد طرفي العقد ، وهو من شرع الابطال لصالحه . فاذا حكم بالبطلان اعتبر العقد باطلا من يوم انعقاده ، وزال ما يترتب عليه من آثار في الماضي شأنه في ذلك شأن العقد الباطل بطلانا مطلقا .

الفرع الثاني : أساس هذا التقسيم : انقسم الفقه الى فريقين :

- فريق يرى أن المصلحة التي يستهدفها المشرع من وراء تقرير البطلان ، هي معيار التمييز بين نوعي البطلان .
- وفريق يعتد بمعيار آخر ، هو انعدام أحد اركان العقد او كلها أو فساد الرضا .

اولا : معيار المصلحة او الغاية من القاعدة القانونية التي تم خرقها :

يمكن التمييز بين نوعي البطلان حسب هذا المعيار ، في الغاية أو الهدف من القاعدة القانونية التي تم الاعتداء عليها ، فقد تكون هذه القاعدة مقررة لحماية مصلحة خاصة دون مصلحة الجماعة ، أو العكس .

1 - فاذا كان الهدف من تقرير البطلان هو حماية مصلحة أحد المتعاقدين ، فان البطلان يكون نسبيا ، كما في حالة ناقص الأهلية ، أو من شاب ارادته عيب من عيوب الارادة . وقد خول القانون في هذه الحالة لهذا المتعاقد حق طلب ابطال العقد .

2 ـ غير أن القاعدة القانونية قد تكون أمرا أو نهيا قرره المشرع لحماية المصلحة الجماعية ، ومجرد خرقها حينئذ رغم عدم تحقق ضرر لأحد المتعاقدين أو لكليهما ، يجعل التصرف باطلا ، لأن المصلحة العليا للمجتمع لاتسمح لمثل هذا التصرف غير الخلقي ، بانتاج أى أثر ، وحينئذ يكون البطلان مطلقا (1) •

تقدير هذا الرأى •رغم أن فى هذا الرأى جانبا كبيرا من الصحة ، فهو معيب ، ومرد ذلك الى صعوبة التفرقة بين مايتقرر لصالح الشخص بقصد حمايته ، وما يتقرر لحماية الصالح العام فى بعض الحالات ، سيما اذا عرفنا أن فكرة المصلحة العامة ، فكرة مرنة قابلة للتطور حسب الزمان والمكان •

ثانيا : معيار انعدام أحد اركان العقد أو فساد الرضا :
على نقيض الفريق الأول ، يذهب هذا الرأى الى الاعتداد بمعيار انعدام أحد أركان العقد أو فساد الرضا ، ويجعله مناط التمييز بين نوعي البطلان على النحو التالي :

1 ـ فالبطلان المطلق : يتحقق فى حالة تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من شروط المحل أو السبب ، بحيث يعتبر العقد حينئذ غير منعقد •

2 ـ أما البطلان النسبي : فيتحقق فى حالة عدم توافر شروط الصحة أو نقص الأهلية • وبعبارة أخرى ، يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا اذا كان الرضا معيبا اوكان العقد صادرا من ذى أهلية ناقصة •

تقدير هذا الرأى : اذا كان معيار المصلحة ليس من شأنه وضع معيار فاصل بين كل من المصلحة الخاصة والعامة ، وبالتالي لايمكن اعتباره أساسا قانونيا صحيحا للتمييز بين نوعي البطلان ، فان المعيار الثاني ـ على مانرى يصلح لذلك وهذا من ناحيتين :

أ ـ اذ يمكن أولا وفقا له ، وضع حد يفصل مجال البطلان المطلق عن مجال البطلان النسبي ، وذلك عن طريق الوقوف على حالات كل نوع من نوعي البطلان •

ب ـ كما أنه يساهم ثانيا فى تحقيق المصلحة العامة ، وذلك بتقريره بطلان العقد اذا لم يكن المحل والسبب غير مشروعين ، وعلى مانرى ، لايكون المحل والسبب غير مشروعين الا لكونهما يمسان بالنظام العام أو بالآداب •

---

1 ـ انظر في هذا الشأن : Valdelièvre: op cit P. 18

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من هذين المعيارين :

لقد حرص المشرع المدني الجزائري على النص على نوعي البطلان ، في النصوص التي تحدد جزاء للشروط التي يشترطها . ومن مجمل هذه النصوص ، يتبين ان هذه التفرقة بين نوعي البطلان قائمة على أساس تحليل عناصر العقد ، والتمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحة .

فمن جهة ، يظهر من النصوص أن جزاء تخلف شروط صحة الرضاء ، هو قابلية العقد للابطال ، أي البطلان النسبي (1) . ومن جهة اخرى ، يفهم من نصوص ثانية من ق.م.ج ان جزاء تخلف ركن من اركان العقد أو اختلاله ، هو البطلان المطلق . وتعتبر المادة 93 (2) من ق.م.ج خير مثال على ذلك ، وكذا المادة 96 (3) .

ونخلص الى ان الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلال شرط فيه ، هو البطلان المطلق . أما ما يترتب على اختلال شرط الصحة ، فهو البطلان النسبي .

هذا هو التقسيم الذي يكاد الفقه الحديث يجمع عليه . غير أن هناك من الفقهاء من يذهب الى عدم الاقتصار على النوعين المذكورين (4) ، فيرون أن انواع البطلان لا تتناهى في العدد ، بل تتعدد مراتبه بتعدد الاغراض التي يتوخاها القانون من العقد . فما دام كل شرط في العقد يراد به أن يفي بغرض معين ، فاذا اختل هذا الشرط ، كان هذا العقد باطلا في الحدود التي تتلاءم مع هذا الشرط ، وبذلك تتعدد وجوه البطلان ، وتتنوع مراتبه تبعا للاغراض التي توخاها المشرع .

وعلى هذا الاساس ، كما يقول الاستاذ (الصده) (5) ، صحح الشارع في بعض القوانين العربية الهبة الباطلة في الشكل اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هذه الهبة : (المواد 489 ق.م. مصري ، 457 سوري ، 478 ليبي ، 422 سوداني) (6) . كما صحح عقد الشركة المدنية الباطلة لعدم توفر الشكل ، بالنسبة الى الغير ، اذ لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان على الغير : (المواد 507 مصري ، 475 سوري ، 628 عراقي) (7) .

1- انظر في هذا الشأن : المواد التي تتكلم عن عيوب الارادة في ق.م.ج ، خاصة المواد (81 ، 83 ، 86 ، 88 ، 90) التي تتكلم عن نقص الاهلية .

2- يجري نص المادة 93 كما يلي : (اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا) .

3- تنص المادة 96 على انه : (اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام او الاداب العامة كان العقد باطلا) .

4- انظر : السنهوري : الوسيط ، 1 ص 409 فقرة 300 ـ مصادر الحق ، ج 4 ص 86 ،
الصده : العقد ، ص 338 فقرة 234 ـ [illegible]
الشرقاوي : المرجع السابق ، ص 344 فقرة 122 .

5- الصده : نفس المرجع والموضع .

6- لا وجود لما يقابل هذه المواد في ق.م.ج الذي لم ينظم احكام الهبة وانما ورد الكلام عن الهبة في قانون الاسرة الذي لم ينص بدوره عما يقابل هذه المواد .

7- تقابلها المادة 417 من ق.م.ج .

تقدير هذا الرأي : مهما قيل في مرونة هذا الرأي ، وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، فان مثل هذه الحالات التي خرج الشارع فيها على القواعد المعروفة في البطلان ، لها عللها الخاصة بها . لذا نرى مع الأستاذ السنهوري (1) ضرورة تجنب تشتت قواعد البطلان ، وذلك بالوقوف عند التقسيم الثنائي ، اذ أنه اذا كان الرأي القائل بالتعدد اللامتنا هي للبطلان ، يتسع لتفسير مثل الحالات السابقة الذكر بما ينطوي عليه من مرونة ، فانه مع ذلك لا يصلح أساسا لتحديد حالات البطلان لافتقاره الى ضوابط ثابتة يمكن الركون اليها .

واذ نستبعد بدورنا فكرة التعدد للسبب السالف الذكر ، نفضل التقسيم الثنائي للبطلان ، وبذلك يمكن القول بأن العقد ، اما أن يكون صحيحا ، أو باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا .

بيد أنه اذا دققنا النظر في هذا التقسيم ، لوجدنا أنه لا توجد في الواقع الا حالتان : حالة الصحة وحالة البطلان ، اذ العقد الباطل بطلانا نسبيا ينشأ منتجا لاثاره كالعقد الصحيح تماما ، الى أن يطلب صاحب المصلحة ابطاله . فاذا تقرر البطلان ، زال العقد بأثر رجعي ، فيفقد الوضع كما في حالة البطلان المطلق تماما .

فالعقد الباطل بطلانا نسبيا ، يمر اذن بمرحلتين (2):

الأولى . قبل أن يتعين مصيره ، وفيها يأخذ حكم العقد الصحيح .

والثانية : بعد أن يتعين مصيره ، فاما أن يستقر نهائيا باجازته او بسقوط الحق في ابطاله بالتقادم ، أو يزول بطلب ابطاله ، بأثر رجعي ، وينعدم تماما كما في حالة البطلان المطلق .

ومن هنا يبدو أن العقد الباطل بطلانا نسبيا لا يمر الا بمرحلتين : مرحلة الصحة ومرحلة البطلان المطلق . فليس هناك مرحلة ثالثة اسمها البطلان النسبي (3) .

وعليه يكون تعبير البطلان النسبي ، تعبيرا غير دقيق ، اذ العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح ، ولكن يمكن طلب ابطاله .

---

1 — السنهوري . المرجعان والموضعان السابقان .

2 — السنهوري : الوسيط ج 1 ص 491 فقرة 300

3 — السنهوري : نفس المرجع ، نفس الموضع . ونظرية العقد ، ص 618
انظر كذلك : انور سلطان . مصادر الالتزام ص 173 فقرة 183

ولعل هذا ، ما أدى بالاستاذ جميل الشرقاوي الى انتقاد تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي ، ومناداته بفكرة "وحدة البطلان" (1) وهذا ما يقضي به المنطق القانوني ، .

غير أنه يلاحظ ان اعتبار البطلان درجة واحدة هي البطلان المطلق، لا يطاوع الصياغة الفنية التي تقتضي التفرقة بين نوعي البطلان، نظرا لما يتميز به كل منهما من خصائص، من ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء ، ولذا لا يرد عليه التقادم ، كما أنه لا تلحقه الاجازة ، ولا حاجة الى حكم بتقرير بطلانه ، ولكل ذى مصلحة التمسك ببطلانه ، كما يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فهو عقد يرتب كافة آثاره القانونية حتى يقضي ببطلانه ، ولذا لا يجوز للمحكمة أن تقضي بابطاله من تلقاء نفسها بل يجب أن يطلب ذلك من تقرر الابطال لمصلحته .

هذا ، وان معظم الفقه العربي والفرنسي على حد سواء ، يتبنى التقسيم الثنائي . فهو تقسيم يتمشى والحياة العملية ، ويتفق مع أصول الصياغة القانونية . ولهذه الأسباب ، فاني لا يسعني ـ كما ذكرت سابقا الا أن أضم صوتي الى أصوات المنادين به .

---

1 ـ جميل الشرقاوى : رسالته ، ص 361 وما يليها ، فقرة 126

المطلب الثالث

موقف التشريع من أنواع البطلان :

بعد أن رأينا أن التقسيم الثنائي للبطلان، هو الراجح في الفقه العربي والفرنسي، فانه يحق لنا أن نتساءل عن موقف التشريع، أي التقسيمات يتبني، أيعتنق التقسيم الثلاثي أم الثنائي للبطلان؟ أم أنه يأخذ بفكرة التعدد اللانهائي له؟ أم هو يأخذ بفكرة وحدة البطلان؟

وسنلقي نظرة على موقف كل من القانون المدني الفرنسي والمصري واللبناني والجزائري، حتى يمكننا عقد مقارنة بين هذه القوانين، وتكون الدراسة بذلك مقارنة، وبهذا تعم الفائدة .

الفرع الاول : في القانون المدني الفرنسي :

لا وجود لنظرية عامة متكاملة للبطلان في القانون المدني الفرنسي (1). فرغم أن الفقه الفرنسي يتبنى التقسيم الثنائي للبطلان، فانه لا وجود لأي نص في هذا القانون يتعرض لذكر مصطلحي (بطلان مطلق) و (بطلان نسبي) وكما يقول الأستاذ Valdelièvre في رسالته، فان لفظي بطلان (مطلق) وبطلان (نسبي) قد غلب ذكرهما في التقنين المدني . (2)

بيد أنه مع ذلك، فانه من الرجوع الى الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي، تظهر لنا نية المشرع في اتجاهها الى التمييز بين نوعي البطلان، فكما يقول Jaubert (3) (ان السبب غير المشروع أي الذي يخالف القانون أو يجافي النظام العام أو الآداب، (4) يعيب العقد بشكل لا يمكن تصحيحه رغم مرور الزمن، لذا يعتبر العقد كأن لم يكن . كما أنه اذا لم يكن للعقد محل ما، فانه لا يمكن القول بوجود عقد وبالتالي لا يترتب عليه أي التزام)، ويضيف Jaubert (ان دعوى الابطال لا يمكن تطبيقها الا في الحالات التى ينتج فيها العقد آثارا معينة، وهي حالة نقص الأهلية، وحالة عدم سلامة الرضا) .

---

1 – Valdelièvre : op cit P. 15 et 16

2 – Valdelièvre : op cit P. 15 : (les mots mêmes de nullité relative et absolue sont absents du code).

3 – Jaubert : rapport au tribunat, répertoir jur. Dalloz (voire obligation)

* اشار اليه فالدليفر ص 16

4 ـ أنظر في هذا المادة 1131 ق م ف، والمادة 1133 من نفس القانون

مما تقدم ، تظهر بجلاء نية المشرع في التمييز بين نوعي البطلان على الرغم من أنه لم يذكر اصطلاحي " مطلق ونسبي " .

هذا ، وكنتيجة لعدم وضوح النصوص جيدا ، فان الفقه والقضاء الفرنسيين وضعا على عاتقهما مهمة تنظيم هذه المسألة ، سواء أكان ذلك فيما يتعلق بأساس التمييز بين نوعي البطلان ، أم فيما يتعلق بحالات كل من نوعية . ويسمى البطلان المطلق عندهما nullité absolue والبطلان النسبي nullité relative واحيانا annulabilité (1) (أي القابلية للابطال) .

أما فكرة الانعدام ، فلم يرد لها ذكر في القانون المدني الفرنسي .

الفرع الثاني : في القانون المدني المصري :

أخذ المشرع المصري بتقسيم البطلان الى مطلق ونسبي ، وأفرد لنظرية البطلان مكانا خاصا جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد (المواد من 138 الى 144) . لكن هذا المشرع ، لم يستعمل لفظي "مطلق ونسبي" ، بل لفظي "بطلان" للدلالة على البطلان المطلق ، و " قابلية للابطال " أو "الحق في الابطال " للدلالة على البطلان النسبي .

ويرى بعض الفقه المصري (2) ، أن تعبير "بطلان نسبي" غير دقيق ، اذ العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح ولكن يمكن طلب ابطاله ، ولهذا فقد أحسن المشرع المصري صنعا اذ عدل تعبيري البطلان المطلق والنسبي على الشكل المذكور أعلاه ، وقد تبعه في ذلك معظم القوانين العربية ، منها القانون المدني الجزائري كما سيظهر بعد حين .

الفرع الثالث : في قانون الموجبات والعقود اللبناني :

اعتنق المشرع اللبناني أيضا التقسيم الثنائي للبطلان (3) ، غير أنه تجدر الاشارة هنا ، الى أن هذا القانون قد تأثر بفكرة الانعدام التقليدية ، فمرغ لها في بعض الحالات ، مقررا أن العقد يكون منعدما وينتفي وجوده ، من ذلك ما نص عليه في المادة 188/1 من ان (عدم وجود الموضوع المحل) .

---

1 ــ انظر : Demolombe : op cit P. 16 n) 21 – Larombière : op cit P.308 – Lutzesco : op cit P. 404.

2 ــ الصدة : المرجع السابق ، ص 387 فقرة 230

3 ــ جورج سيوفي : النظرية العامة للموجبات والعقود ج 1 مصادر الموجبات بيروت 1960 فقرة 182

زهدي يكن : المرجع السابق : ص116 ومابعدها فقرة 331

يستلزم انتفاء وجود العقد) ومن ذلك أيضا ما نص عليه في المادة 196 من أن (الموجب الذي ليس له سبب أو له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن ويؤدي الى اعتبار العقد الذي يعود اليه غير موجود أيضا ..) .

فالقانون اللبناني قد أشار ولو ضمنيا الى اصطلاح الانعدام في بعض مواده (المواد : 188، 196 ،216) لكن هل يعني ذلك أن المشرع اللبناني قد اعتنق التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق ؟

نرى أن ذلك لا يعني أنه يفرق بين الانعدام والبطلان المطلق ،وخير دليل على ما نراه ،أنه استعمل هذا التعبير سواء في حالة تخلف ركن من أركان العقد او في حالة عدم مشروعيته .أي انه كما يظهر من المواد السابقة ،سوى بين البطلان المطلق والانعدام ،فنجده في بعض المواد (خاصة المادة 196) يسبغ على العقد المخالف للنظام العام أو الاداب ،صفة الانعدام ،ثم يعود ويعتبر مثل هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا ،وما حبذا لو لم يشر الى الانعدام أصلا .

الفرع الرابع :في القانون المدني الجزائري :

تبنى المشرع الجزائري – على غرار التشريعات الحديثة – التقسيم الثنائي للبطلان . وقد تناول احكامه في القسم الثاني من الباب الاول تحت عنوان (شروط العقد) . فبعد أن عالج أركان العقد ،اتبعها مباشرة بتفصيل أحكام البطلان ،للدلالة على أن البطلان هو الجزاء المترتب على عدم مراعاة تلك الاركان ،وقد عالج البطلان المطلق والنسبي على حد سواء (1) .

غير أنه يلاحظ على مسلك المشرع الجزائري ،ادخاله مسألة البطلان تحت عنوان " شروط العقد " اذ أنه عند ايراده لشروط العقد ،أورد الترتيب التالي :

1 – الرضا – 2 – المحل (2) 3 – بطلان العقد .

مع أن النظر السليم يقتضي ان تكون قواعد البطلان مستقلة عن شروط العقد ،فهي جزاء على تخلف أو اختلال هذه الشروط .

---

1 – انظر في هذا ،البحث القيم الذي قدمه السيد محمد حبار ،تحت عنوان نظرية بطلان العقد في ق م ج ،لنيل دبلوم الدراسات العليا سنة 1976 ص 15

2 – وقد أدخل ركن السبب في المحل ،وهذا ما سوف نشير اليه في حينه .

وبالنسبة الى التعبيرات التي استعملها المشرع الجزائري، يلاحظ مايلي :

1 ـ استعمل تارة عبارة (العقد الباطل بطلانا مطلقا) ، وتارة أخرى عبارة (العقد الباطل) ، وهذا للدلالة على نفس الحالة على نفس الحالة، وهي حالة تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله .

2 ـ أما بالنسبة الى عبارة (العقد الباطل بطلانا نسبيا) ، فقد تغاضى عنها ، وفضل تسمية (العقد القابل للابطال) .

وكنا نود لو اقتدى مشرعنا بمسلك المشرع المصري في استعماله لفظي (البطلان والقابلية للابطال) . فنحن نرى أن عبارة " بطلان مطلق " (التي استعملها مشرعنا) ، تستدعي بالضرورة أن يكون هناك بمقابلها عبارة " بطلان نسبي " ، ومادامت التسمية الأخيرة قد تركها المشرع، فكان يجدر به ترك العبارة الأولى ، فيقول " بطلان " فقط ، أو ـ وهذا ما نحبذه ـ كلمة " باطل " فيكون عندنا وضعان للعقد: عقد (باطل) وعقد (قابل للابطال) .

وهكذا اذن يبين من النصوص، أن التقسيم الثنائي للبطلان ، هو ما اعتنقه المشرع الجزائري (1) والتشريعات الحديثة .

---

1 ـ وهذا في المواد من 99 الى 105 من ق . م . ج ، وهي تقابل المواد من 138 الى 144 من القانون المدني المصري .

الفصل الثاني

البطلان الذى تلحقه الاجازة

بعد التذكير بتقسيم البطلان فى الفصل السابق ، نحاول الآن ، أن نتعرض لنتيجة التقسيم بالنسبة الي ميدان الاجازة .

تفترض الاجازة أن عقدا قابلا للابطال قد تم ابرامه ، لكن رغم العيب الذى فيه ، فهو مع ذلك ذو وجود قانوني ، وبعبارة أخرى ، يفترض فى الاجازة أن سبب البطلان يمكن ازالته ، بأن تتجه ارادة المتعاقد الذى خوله القانون حقا فى الابطال نحو ذلك ، بحيث يكون لهذا المتعاقد أن يظهر رغبته فى الابقاء على العقد ، ونزوله عن دعواه فى ابطاله .

وعلى النقيض من ذلك ، فان الاجازة تغدو مستحيلة اذا تعلق الامر بتصرف تخلف فيه عنصر أو أكثر من عناصر وجوده الاساسية . فلا مجال للحديث عن اجازة عقد لم ير النور ، أى لم يخرج الى حيز الوجود القانوني ، وهذه هي حالة البطلان المطلق ما ن طبيعة الاشياء ، كما يقول الفقيهان Beudant و Lerebours – Pigeonnière (1) تحول دون جعل العدم وجودا ، فالميت غير قابل للشفاء ، أما المريض فيمكن علاجه .

ان التصرف المشوب بعيب يحول دون تحقق وجوده أصلا ، لا يمكن أن تنفخ فيه روح لم تكن له أثناء ابرامه ، فلا يسع الاطراف حينئذ الا ابرام عقد جديد .

ومن هنا يمكننا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين : نتناول فى أولهما ، الاجازة والعقد الباطل ، وفى ثانيهما ، الاجازة والعقد القابل للابطال .

المبحث الأول

الاجازة والعقد الباطل

ونقسم هذا المبحث بدوره ، الى مطلبين نتساءل فى الأول ، متى يكون العقد باطلا ؟ وفى الثاني نتعرض لعدم امكان ورود الاجازة على العقد الباطل .

---

1 ــ انظر : Beudant et Lerebours – Pigeonnière : cours de droit civil Français, 2è ed. 1936 T. 3 P. 137 n° 261.

المطلب الأول

متى يكون العقد باطلا ؟

والمقصود من هذا التساؤل ، الحالات التي يكون فيها العقد باطلا .

ولكي نقف على تحديد هذه الحالات ، نرى ضرورة اعادة تعريف البطلان المطلق ، يمكن تعريف البطلان المطلق بأنه الجزاء المترتب على تخلف ركن من اركان الانعقاد ، وهي تتخلص في وجود الرضا والمحل والسبب بشروطها القانونية ، ويضاف اليها ركن الشكل حيث يشترط شكل معين لانعقاد العقد .

ومقتضى البطلان المطلق الآ يكون للعقد وجود في نظر القانون ، فلا ينتج أي أثر من وقت ابرامه .

وبناء عليه ، تكون حالات البطلان المطلق هي (1) :

1 — حالة ابرام عقد من شخص لا أهلية له .

2 — حالة ابرام عقد ينعدم فيه التراضي من جهة ، أو المحل أو السبب أو شروطهما من جهة أخرى .

3 — حالة وجود نص خاص في القانون يوجبه .

ويلاحظ أنه اذا نظرنا الى هذه الحالات ، نجد أن بعضها يرجع الى طبيعة الأشياء ، أي الى اعتبارات فنية يستلزمها انعقاد العقد حتما ، وأن بعضها الآخر يرجع الى رغبة المشرع في حماية المجتمع من الاخلال بالنظام العام أو بالآداب ، ويدخل في هذه الطائفة الأخيرة من الحالات المذكورة سلفا ، حالتا عدم مشروعية المحل وعدم مشروعية السبب .

واليك الآن هذه الحالات ، كل منها على حدة :

الفرع الأول : حالة ابرام عقد من شخص لا أهلية له (2) :

والمراد بالأهلية هنا ، الأهلية اللازمة للتعاقد ، أي أهلية الأداء ، وأهلية الأداء مناطها التمييز ، فعديم التمييز لا أهلية أداء له . والحكم في ق م ج أن الشخص يعتبر فاقد التمييز ، ومن ثم عديم الأهلية اذا لم يبلغ من العمر ستة عشرة سنة (م 2/42)

ويترتب على ذلك أن تكون جميع تصرفاته باطلة ، سواء أتعلق الامر بعقود التبرع

---

1 — ورد ذكر هذه الحالات في المادة 193 من مشروع التقنين المدني المصري ولكن حذفت هذه المادة لأن احكامها منصوص عليها في المواد السابقة (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج 2 ص 250 في الهامش) .

2 — وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها ، بتاريخ 1951/11/22 ، بأنه (متى كانت الارادة منعدمة فان التصرف يقع باطلا) ذكره محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني ، ج 1 طبعة 1954 ص 503 ، 504 في الهامش .

أوعقود التصرف والادارة ،أو بعقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ،فلا يكون لارادته أثر (1) .

وتجدر الملاحظة في هذا الصدد ،الى أن تحديد المشرع الجزائري في المادة 2/42 من ق م ج ،سن التمييز ببلوغ 16 سنة ،تحديد منتقد ،فنحن نرى مع استاذنا علي علي سليمان (2) أن مسلك المشرع الجزائري معيب لاناطته التمييز بهذه السن المتأخرة ، خصوصا أنه خفض سن الرشد وجعلها 19 سنة وبذلك فلا يفصل بين سن التمييز وسن الرشد الا سنوات ثلاث فقط ،فضلا عن كون هذه السن تبتعد عن النهج الذي رسمه الفقه الاسلامي الذي يجعل سن التمييز 7 سنوات ،باعتبارها السن التي يملك فيها الطفل القدرة على التمييز ،اذا كان في حالة طبيعية (3) .

ان تأخير سن التمييز على هذا النحو ،وضع خطير لا يضر فقط بالمتعاقد الذي لم يبلغ هذه السن بعد (بحيث تعتبر جميع تصرفاته باطلة) ،بل يمتد هذا الضرر الى المتعاقد معه .لذا نرى وجوب تدارك الأمر بتعديل تشريعي ،يهتدي فيه مشرعنا بهدي الفقه الاسلامي ،بأن يجعل سن التمييز 7 سنوات ،أو على الأقل تخفيض هذه السن كما فعل التشريعان التونسي والمغربي .

هذا ،ويلاحظ أيضا أن ق م ج يسوي بين كل من الصبي غير المميز وبين المعتوه والمجنون ،بأن اعتبرهم جميعا في حكم عديم الأهلية ،وهذا ما تقضي به المادة 1/42 : (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون) ،مع أنه كان يجب مراعاة أن تصرفات المجنون والمعتوه لا تأخذ حكم تصرفات الصبي غير المميز ،وتكون باطلة بطلانا مطلقا الا بعد تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلب الحجر) ،أو متى كانت حالة الجنون أو العته معلومة للمتعاقد الآخر ،أو شائعة قبل هذا التسجيل (4) وهذا ما تقضي به المادة 114 من القانون المدني المصري (يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ،أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها) ،اما

---

1 ــ السنهوري . الوسيط ج 1 ص 273 فقرة 152

2 ــ علي علي سليمان . نظرية عامة على القانون المدني الجزائري . ص 6 فقرة 7

3 ــ محمد مصطفى شلبي . المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي . ص 494 طبعة 1969 ذكره محمد حبار . المرجع السابق

4 ــ السنهوري . المرجع السابق . ص 279 فقرة 156 .

اما تصرفات الصبي المميز فتكون باطلة ولو كانت نافعة له نفعا محضا .

هذا بالنسبة الى ما ورد في المادة 42 / 1 من ق م ج . أما اذا القينا نظرة على قانون الأسرة ، وبالضبط على المادة 85 منه (1) ، فاننا نجد أن المشرع الجزائرى يسوى في الحكم بين كل من تصرفات المجنون و المعتوه والسفيه رغم أن المادة 43 من ق م ج تعتبر السفيه ناقص الأهلية فحسب ، ان المادة 85 من قانون الأسرة تعتبر السفيه فاقد التمييز ، وهذا خطأ يا حبذ لو تدخل المشرع بتعديل تشريعي سريع بشأنه ، حتى لا تتناقض نصوص القانون المدنى مع نصوص قانون الأسرة ، اذ أن المادة 43 ق م ج تعتبر السفيه ناقص الأهلية ، اما المادة 85 من قانون الأسرة فتعتبره فاقد الأهلية ، وهذا ما يؤدى الى اختلاف كبير في حكم تصرف السفيه بحسب ما اذا طبقنا نص القانون المدنى ، او نص قانون الاسرة ، مع أن هذا القانون الأخير يعتبر مكملا للقانون المدنى ولا يسوغ أن يتعارض معه .

وأخيرا يضاف الى ما تقدم انتقاد آخر ، مؤداه أن المشرع الجزائرى بعد أن اعتبر المعتوه عديم الأهلية (م 42) عاد واعتبره ناقصها فقط (م 43) . فهذه المادة الأخيرة سوت بين كل من السفيه و المعتوه في الحكم من حيث اعتبار كل منهما ناقص الأهلية وبذلك وقع المشرع في تناقض بشأن حكم تصرفات المعتوه ، فتارة اعتبره عديم التمييز وتارة أخرى ، اعتبره ناقص الأهلية فقط ، ونحن نرى أن وجه الخطأ الذى وقع فيه مشرعنا يكمن في أن كلمة (معتوها) الواردة في نص المادة 43 ، يقصد بها (ذ والغفلة) وهذا ما يؤكده النص الفرنسي لهذه المادة ، الذي صيغ على الوجه التالي :

(Celui qui a atteint l'âge de discernement sans êtı : majeur, de même que celui qui atteint sa majorité, tout en étant prodigue ou frappé d'imbicilité, ont une capacité limitée conformément aux prescriptions de la loi).

---

1 - يجرى نص المادة 85 من قانون الأسرة كالتالي : (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة ، اذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته أو السفه) .

ويؤكد صحة ما ورد في النص الفرنسي ، أن المادة 42 سواء في النص العربي أو النص الفرنسي ، اعتبرت المعتوه عديم الاهلية ، ومن ثم فليس منطقيا أن يعود المشرع ليعتبره في المادة التالية (م 43) ناقص الأهلية فقط (1).

لكن مهما كان الأمر ، ودرءا لأي غموض ، فاننا نرى ضرورة تدارك هذا الخطأ بالاسراع في تعديل تشريعي يتناول نص المادة 43 ، وذلك بأن توضع مكان كلمة (معتوها) عبارة (ذا غفلة) .

الفرع الثاني : حالة انعدام التراضي او المحل أو السبب أو تخلف شروطهما :

أولا : التراضي : ويمكن تعريفه بأنه : (اقتران ارادتين اوتطابقهما تمام المطابقة ، في لحظة معينة ، الارادة الاولى هي الايجاب ، والثانية هي القبول) (2) .
وهذا ما يراه المشرع الجزائري في المادة 59 من ق م ج التي تقضي بأنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين ..) ومنه يستفاد أن زمن تطابق الايجاب والقبول الصادرين من الطرفين ، هو الزمن الذي يعتد به لقيام ركن التراضي .

هذا ، وان الفقه مجمع على أن انعدام هذا الركن ، يكون الجزاء عنه هو بطلان العقد بطلانا مطلقا (3) وهذا ماقررته محكمة النقض المصرية ، قاضية بأنه (متى كانت الارادة منعدمة فان التصرف يقع باطلا) (4) والبطلان هنا ، هو البطلان المطلق ، دون أي شك. اذن ، اذا تخلف الرضا ، كان الجزاء هو البطلان المطلق . وهذا حكم عام يجب اعماله في كل حالة ينعدم فيها الرضا . ولما كانت الارادة منعدمة لدى كل من الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه ، فان الرضا يتخلف لدى كل منهم . ومعنى هذا ، أن التصرفات التي يقوم بها هؤلاء تكون باطلة بطلانا مطلقا ، مع مراعاة ما سبقت الاشارة اليه في هذا الشأن بالنسبة الى المجنون والمعتوه .

ثانيا : المحل : ساير المشرع الجزائري الفقه الغالب ، اذ اعتمد بمحل الالتزام دون محل العقد ، ذلك أن محل العقد دائما هو التزام باعطاء أو التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، وقد تطلب القانون المدني الجزائري على غرار القوانين الأخرى شروطا لابد منها لاعتبار العقد صحيحا ، وهذه الشروط هي :

---

1 — انظر : ابراهيم حبيب الخليلي . النظرية العامة للحق ، محاضرات مطبوعة سنة 1978 — 1979 ص113
2 — راجع : محمد حسنين : المرجع السابق ص23 ومابعدها
3 — انظر : تريفنسكي . المرجع السابق ص38 ، 39
4 — سبقت الاشارة الى هذا الحكم في الفرع الاول من هذا المطلب .

1 — أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود في المستقبل (م 92/1) :

بيد أنه تنبغي الأشارة هنا ، الى أن ق م ج في نسختيه العربية والفرنسية ، قد أخطأ حين اشترطت المادة 92 منه لصحة التعامل في الأشياء المستقبلة أن تكون محققة ، اذ أننا نرى مع استاذنا علي علي سليمان (1) ان شرط التحقق غير صحيح ، لأن القانون ينص على العقود الاحتمالية ، ومحل هذه الاخيرة قد يتحقق وقد لا يتحقق (2) فكلمة (محققا) الواردة في النص تزيد خاطئ ، لأن التعاقد في الأشياء المستقبلة جائز مادامت ممكنة الوجود أي غير مستحيلة (م 93) .

وخلاصة القول ، أن التعامل في الاشياء المستقبلة جائز طبقا للقانون باستثناء التعامل في تركه انسان مايزال على قيد الحياة ، ولو كان ذلك برضاه (م 92/2) ، فمثل هذا التعامل باطل بطلانا مطلقا لحكمة رآها المشرع ، اذ أن مثل هذا التعامل قد يجعل هناك محلا للمضاربة على موت الشخص ، وهو مايتنافى مع الآداب .

ومن ناحية اخرى ، فان المشرع قد أراد من وراء تحريم هذا التعامل ، ان يمنع أن يتصرف وارث سفيه في نصيبه في ميراث لم يأل اليه بعد ، فيتصرف فيه برعونة لأنه لم يتعب في جمعه (3) .

غير أن النص يضيف قائلا : الا في الاحوال التي نص عليها القانون ، فثمة أحوال نص فيها القانون على جواز التعامل في التركة ، مثل الوصية ، كذلك أجاز القانون المصري والقوانين العربية الأخرى ، للمورث تقسيم تركته بين ورثته وهو حي حتى يجنبهم الشقاق بعد موته (4) .

2 — أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين (م 94 و 95 ق م ج) :

فيجب في المحل اما أن يكون معينا حين ابرام العقد ، او يكون قابلا للتعيين في المستقبل بحسب ما اذا كان المحل شيئا معينا بالذات أو شيئا مثليا .

3 — أن يكون المحل مشروعا : أي ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب (م 96) ، ومثال المحل المخالف للنظام العام ، ما تقضي به المادة 689 ق م ج : (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم) .

---

1 — علي علي سليمان : المرجع السابق : ص 24 فقرة 16

2 — انظر المادة 2/57 ق م ج في تعريف العقد الاحتمالي ، وقد نقلت هذه المادة عن المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي التي عرفت العقد الاحتمالي

3 — علي علي سليمان : محاضرات في نظرية الالتزام ، غير مطبوعة سنة 1976 ، 1977

4 — علي علي سليمان : نفس المرجع .

ذلك بايجاز هو ركن المحل . لكن ما جزاء عدم وجود المحل أو تخلف شرط من شروطه ؟

لقد رتب القانون على عدم وجود المحل انتفاء وجود العقد ، ومعنى هذا أن العقد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا . كما رتب البطلان المطلق كذلك كجزاء في حالة عدم تعيين المحل ، وفي حالة ما اذا لم يكن ممكنا أو مشروعا (المواد 93 ، 1/94 ، 96 من ق م ج) وهو ما استقر عليه الفقه .

ثالثا : السبب : سبب العقد هو ما يدفع الشخص الى التعاقد ، أو هو بعبارة أخرى ، الغرض الذى من أجله التزم المتعاقد . والفرق بين السبب والمحل ، هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين ؟ أما السبب ، فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (1) ؟

الطبيعة القانونية للسبب : ان السبب ركن في الالتزام العقدى ، ومؤداه ما يدفع الشخص الى التعاقد ، والدافع أو الباعث الى التعاقد ليس واحدا بالنسبة الى مختلف العقود ، بل هو ليس واحدا بالنسبة الى العقد الواحد ، لأنه يختلف باختلاف العاقد (2) فقد يقترض شخص لسداد دين عليه ، و يقترض آخر لشراء عين يرغب فيها ، وثالث يقترض للقيام برحلة ، وهكذا يختلف سبب العقد أى الدافع الى التعاقد باختلاف شخص المتعاقد ، وبذلك يختلف عن سبب الالتزام ، الذى مؤداه الغرض الذى بسببه التزم المتعاقد ، وهو لا يختلف باختلاف العقود .

ولكن الأمر لا يقف عند هذا الحد ، اذ انقسم الفقه الى فريقين بصدد الاجابة عن السبب الذى يجب الاعتداد به ، فهل يعتد بالسبب القصدى المباشر ؟ أو بالسبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد ؟

الفريق الأول : وهو صاحب النظرية التقليدية ، و يعتد بالغرض المباشر القريب الذى يرمي اليه المتعاقد من وراء التزامه ، فاذا كان السبب بمعناه هذا صحيحا ، كان العقد صحيحا ، أما اذا كان غير مشروع ، فان العقد يقع باطلا

الفريق الثاني : وهو صاحب النظرية الحديثة في السبب التى أنشأها القضاء ، فانه يرى أن السبب هو الباعث الدافع ، وبهذا المعنى يكون السبب خارجا عن نطاق العقد ، و يختلف باختلاف العقود ، وكذلك باختلاف الأشخاص .

---

1 ـ السنهورى : الوسيط : ج 1 ص414 فقرة 242

2 ـ مرقس : شرح القانون المدنى ج 2 ص123 ، 124 ، فقرة 142
انور سلطان : المبادئ القانونية العامة : ص309 فقرة 361 .

موقف المشرع الجزائري من نظرية السبب : ذكر المشرع الجزائري السبب في المادة 97 من ق م ج وبالرجوع اليها في صيغتيها العربية والفرنسية ، نجد تناقضا . فبينما تأخذ النسخة العربية بالسبب في معناه الحديث أي أنها أسندت السبب الى العقد (1) فاننا نجد أن النسخة الفرنسية قد أسندت السبب الى الالتزام (2) ، وقد يكون هذا تحت تأثير المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي التي اسندت السبب الى الالتزام (3) ازاء اختلاف النصين ، يحق لنا طرح هذا السؤال :

ايجب الاعتداد بسبب العقد ، أم بسبب الالتزام ؟

اجابة عن هذا التساؤل ، نقول ان العبرة بما تنص عليه النسخة العربية وهذا لاعتبارين :

1 — ان النسخة العربية — مبدئيا — هي النسخة الأصلية .

2 — لقد هجرت النظرية التقليدية في السبب ، وليس من المعقول أن يكون ق م ج — وهو من أحدث القوانين — أن يأخذ بما هجر (4) .

وبناء عليه ، فلا يسعنا الا أن نقر مع أستاذنا علي علي سليمان (5) بأن النسخة الفرنسية بخصوص فكرة السبب قد وقع فيها خطأ حين أسندت السبب للالتزام .

وختاما ، لا يفوتنا الادلاء بهذه الملاحظة : ان المشرع الجزائري وهو يتكلم عن أركان العقد ، أورد الترتيب الآتي :

1 — الرضا — 2 — المحل . وأدرج ركن السبب في ركن المحل ، مع أنهما ركنان متميزان عن بعضهما . وكان يحسن بالمشرع الجزائري أن يأتي بترتيب أركان العقد على هذا المنوال : 1 — الرضا — 2 — المحل — 3 — السبب . وفي فصل مستقل عن هذه الأركان يتعرض لجزاء تخلف أو اختلال هذه الاركان .

---

1 — وهذا ما يتضح من المادة 97 . (اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او الاداب ، كان العقد باطلا) .

2 — انظر المادة 97 في نسختها الفرنسية (Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause, ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs).

3 — المادة 1131 ق م ف : (L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause...).

4 — انظر مثلا القانون المدني الايطالي الجديد الصادر سنة 1942 ، الذي أخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، فقضى في المادة 1345 بأن الباعث غير المشروع يبطل العقد اذا أثبت المتعاقد انما انساق الى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده ، وكان باعثا اشترك فيه كلا المتعاقدين .

5 — علي علي سليمان : المحاضرة المطبوعة المشار اليها : ص 23 فقرة 11

رابعـا : الشكـل : يقصد بالشكل ، صبّ الارادة في قالب يحدده القانون ، ويترتب على ذلك ، أن العقد الشكلي لا يكفي فيه تطابق الارادتين كمصدر للالتزامات (1) وبعبارة أخرى ، ان العقد الشكلي هو العقد الذي يعتبر فيه الشكل ركنا في انعقاده بحيث لا يقوم العقد بدونه .

التمييز بين الشكلية وطريقة الاثبات : (2) يجب أن نميز بين الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية ، كالكتابة الرسمية اللازمة لعقد الرهن الرسمي ، الذي يجب أن يتم أمام موثق حسبما تقضي به المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر 70 ـ 91 المؤرخ في 15 ـ 12 ـ 1970 ففي هذه الحالة ، تكون الكتابة لازمة لانعقاد العقد بحيث يؤدي تخلفها الى عدم وجود التصرف أصلا .

أما اذا استلزم القانون الكتابة لاثبات التصرف كما في الكفالة (م 645 ق م ج) فان تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا ، ويمكن اثباته بالاقرار أو باليمين .

ويلاحظ أن الشكل المطلوب لانعقاد العقد ، قد يكون مطلوبا من القانون وقد يكون متفقا عليه بين المتعاقدين : فيجوز في عقد رضائي ، أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التصرف مكتوبا ، فاذا تبين من شروط الاتفاق أنهما قصدا تعليق انعقاد العقد على الكتابة ، ففي هذه الحالة ، لا يوجد العقد الا اذا تم في الشكل المتفق عليه . واذا قام شك حول تفسير نية المتعاقدين ، افترض أن الكتابة مشروطة للاثبات ، لأن (الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية ، انما يكون لمجرد اثباتها) . وهذا هو المبدأ الذي أقرته محكمة النقض المصرية في حكم لها (3) .

---

1 ـ انظر : (Carbonnier : théorie générale des obligations, Paris 1963: P. 173 n° 124).

2 ـ راجع في هذا على الخصوص : عبد الودود يحي : دروس في قانون الاثبات : طبعة 1970 ص 33 فقرة 22

3 ـ حكم بتاريخ 29 ـ 03 ـ 1951 ذكره عبد الودود يحي المرجع السابق الموضع السابق ، هامش 2

الفــرع الثــالث

البطــلان بمــوجب نــص خــاص في القــانون

تلك هي الحالات التي يكــون فيها العقــد بــاطلا بطلانا مطلقــا . غيــر أن القانون ، قد يقــرر البطلان المطلق بموجب نص خاص في حــالات معينة ، ومثــال ذلـــــك ماقضي بــه ق م ج في المادة 2/92 من بطلان التعامل في تركــة انســان على قيــــد الحياة ولو كــان برضــاه ، والبطلان هنا مطلق . ومن ذلك أيضــا مــا نصت عليه المــادة 110 من نفس القانون ، من بطلان أي اتفــاق على تعديل الشروط التعسفية أو اعفــاء الطرف المذعن منها في عقد الاذعــان . ومنها أيضا مــا نصت عليه المادة 454 ق م ج على ان القرض بيـــن الأفــراد يكون دائمــا بدون أجــره ويقع باطلا كــل اتفــاق يخــالف ذلك (1) .

المطــلب الثــانــي

العقــد الباطل لا تلحقــه الاجـــازة

ان المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي ، لم تبين نــوع البطلان الذي يمكـــن أن يزول بالاجازة ، اذ اقتصرت على ذكر كلمة "بطلان Nullité " دون وصفه نسبيــا كــان او مطلقا . غير أنــه لا يمكــن أن يتسرب أي شك الى نية واضعي هذا القــانون في حصر نطــاق الاجـــازة في نوع واحد فقط ، هو البطلان النسبي (2) فلا يمكــن اجازة العدم (3) فالبطلان المطلق اذ ن لا يمكن اجازته لانه لم يتقــرر لصالح المتعاقدين ، بل تقــرر قــانونا لهدم العلاقة المخــالفــة لمــا يقتضيــه القــانون أو النظام العام أو الآداب .

---

1 ـــ يلاحظ ان المادة 454 قد وقع فيهــا خطــأ ، فبدلا من كــلمة (كل نــص) يجب ذكــر (كــل اتفــاق) .

2 ـــ انظــر : Beudant et Lerebours - Pigennière : op cit P.187 n° 261 ; Trifonescu : op cit P. 30

3 ـــ راجـــع Aubry et Rau : op cit P. 386 - Planiol et Ripert : op cit P.338 n° 305 -

انظــر ايضــا : Yvaine Bufelon Lanore : op cit P. 112

انــظــر ايضــا : Gérard de la Pradelle : op cit P.75 n° 114 ; Kayser : op cit P.1115.

وعلى ذلك انعقد رأى غالبية الفقه الفرنسي ، وسارعت محكمة النقض الفرنسية منذ عهد بعيد الى استبعاد البطلان المطلق من نطاق الاجازة (1) فأصدرت عدة أحكام فى ذلك ، منها حكم بتاريخ 26 ـ 10 ـ 1943 قضت فيه بعدم اجازة التعامل فى التركة المستقبلة (2) ومنها حكم بتاريخ 17 ـ 12 ـ 1959 (3) استبعدت فيه اجازة عقد بيع تخلف فيه عنصر الثمن •

اما بالنسبة الى القانون المدني الجزائرى ، كما هو الأمر فى القانون المدني المصرى فموقفه صريح لا يكتنفه غموض • ويستفاد موقفه :

<u>أولا</u> : من نص المادة 100 التي تقضي بأنه : (يزول حق ابطال العقد بالاجازة) فلا يمكن والحال كذلك ، أن ترد الاجازة على العقد الباطل بطلانا مطلقا ، مادام المشرع قد قصرها على العقد القابل للابطال •

<u>ثانيا</u> : يظهر موقف المشرع من اصراره على قطع دابر الشك فيما نص عليه صراحة فى آخر الفقرة الأولي من المادة 102 من أن • (لا يزول البطلان بالاجازة) •
فالمشرع الجزائرى اذن ـ على عكس المشرع الفرنسي ـ استبعد صراحة البطلان المطلق من نطاق الاجازة • وبهذا لم يترك المسألة لاجتهاد الفقه ، فلا اجتهاد فى مورد النص

وبناء عليه ، كلما كان العقد باطلا بطلانا مطلقا للأسباب السابق ذكرها فى المطلب السابق ، فانه لا يمكن اجازته ، أيا كان سبب هذا البطلان ، سواء كان هذا السبب هو انعدام الأهلية ، او تخلف المحل أو السبب أو تخلف شروطهما ، بأن كانا مثلا غير مشروعين لمخالفتهما للنظام العام أو للآداب أو كان سبب البطلان هو تخلف الشكل الذى استلزمه القانون فى العقود الشكلية •

هذا ، والحكمة من استبعاد البطلان المطلق من نطاق الاجازة واضحة ، وتتمثل فى أن العقد الباطل لا وجود له ، ومن ثم لا يمكن لارادة الشخص المنفردة أن تخلق من العدم عقدا (4) وبعبارة السنهورى ، لا يصير العدم وجودا ولو اجيز) (5) •

---

1 ـ انظر : قالدليفر : المرجع السابق ص 20 .
2 ـ منشور فى دالوز 1946 ـ 301
3 ـ منشور فى دالوز 1960 ـ 294
4 ـ محمود جمال الدين زكي • دروس فى النظرية العامة للالتزامات 1964 1965 ص 249 فقرة 125
5 ـ السنهورى • الوسيط • ج 1 ص 514 فقرة 315 زهدى يكن • المرجع السابق • ص 169 فقرة 371
[illegible]

غير أنه اذا كان العقد الباطل لاتصح اجازته ، فان هذا لايمنع من أن يعاد عمله من جديد ، بيد أنه في هذه الحالة ، يجب على المتعاقدين مراعاة قيدين (1) :

اولهما : مراعاة توافر أركان العقد الجديد ، وشروط صحته .

ثانيهما : مراعاة أن تاريخ انشاء هذا العقد آثاره ، يتحدد بساعة انشائه .

هذا ، ولن نأتي الى نهاية هذا المطلب ، دون ابداء هذه الملاحظة ، وهي تتعلق بالهبة ، فاذا كانت المادة 489 من القانون المدني المصري والمادة 457 سوري والمادة 478 ليبي ، تنص على أنه : (اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه) (2) ، فان هذا في رأى جانب كبير من الفقه المصري حكما استثنائي خرج فيه المشرع على القواعد العامة ، فصحح الهبة في هذه الحالة اذا تم تنفيذها .

ومن الاراء المقبولة التي قيلت في تعليل هذا الحكم أن الهبة الباطلة بسبب الشكل ينجم عنها التزام طبيعي اذا ما أوفى به الواهب أو ورثته كان الوفاء صحيحا (3) .

أما بالنسبة الى القانون المدني الجزائري ، فلا يطرح هذا المشكل ، ذلك أن المشرع الجزائري لم يتعرض في هذا القانون الى تنظيم أحكام الهبة ، ولعله قصد ترك هذه المسألة خاضعة لمبادئ شريعتنا الغراء ، وقد أحسن مشرعنا صنعا . وقد كنا نود أن يحسم المشرع الجزائري الأمر عند وضعه لقانون الاسرة ، بأن يجعل الهبة الباطلة لعيب في الشكل ، خاضعة للقواعد العامة في البطلان ، وبذلك يزول النقاش ، ولا يكون للعاقدين حينئذ الا عمل العقد من جديد ان رغبا في ذلك . ان رغبا في ذلك . نشير أن قانون الأسرة الصادر مؤخرا ، الذي عرض لبعض أحكام الهبة ، أغفل الكلام عن هذه المسألة .

---

1 — محمود جمال الدين زكي : المرجع والموضع السابقا : الصده العقد ، ص 401 فقرة 237

انظر كذلك : Trifonescu : رسالته ، ص 37 ومابعدها .

2 — قارن هذه المواد ، بما تنص عليه المادة 1340 ق . م . ف :

(La confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donnation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décés, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception).

3 — الصده : العقد . ص 401 هامش 1

انور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام ، طبعة 1970 ، ص 185 فقرة 201

المبحث الثاني

الاجازة والعقد القابل للابطال

سبقت الاشارة الى أن العقد القابل للابطال، هو العقد الذى اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي . فاذا صدر العقد من ناقص الأهلية كان باطلا بطلانا نسبيا (أو قابلا للابطال) . واذا كان رضا أحد المتعاقدين مشوبا بعيب بأن وقع هذا المتعاقد فى غلط أو تدليس أو اكراه ، أو كان ضحية استغلال ، كان العقد قابلا للابطال من جهة واحدة، هي جهة من كان ناقص الاهلية أو من كان رضاه معيبا ، اذ البطلان قد تقرر لمصلحته . وعليه فان العقد يكون قابلا للابطال فى حالة نقص الأهلية ، وفى حالة وجود عيب فى رضا أحد المتعاقدين . غير أنه يضاف الى هاتين الحالتين ، حالة وجود نص فى القانون يقضي بأن العقد قابل للابطال ، كما فى حالة بيع ملك الغير .

ونقسم هذا المبحث الى مطلبين : نتناول فى الأول ، حالات العقد القابل للابطال ، ونتناول فى الثاني ، حكم اجازة العقد القابل للابطال .

المطلب الأول

حالات العقد القابل للابطال (1)

تتمثل هذه الحالات فى ثلاث، هي :

1 — تصرف ناقص الأهلية .
2 — اذا شاب الرضا غلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال .
3 — اذا وجد نص فى القانون يقضي بأن العقد قابل للابطال ، كما فى حالة بيع ملك الغير .

ونتصدى بشيء من التفصيل لكل من هاته الحالات :

---

1 — ورد ذكر هذه الحالات فى المادة 195 من مشروع القانون المدني المصرى، ولكن هذه المادة حذفت لأن احكامها منصوص عليها فى المواد السابقة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 235) .

الفـــرع الأول

تصـــرف نــاقص الأهليـــــة (1)

لا خلاف بين الفقهاء في أن تصرفات الصغير غير المميز سواء كانت نافعة نفعا محضا، أم ضارة به ضررا محضا، أم دائرة بين النفع والضرر، تعتبر باطلة كما تقضي بذلك المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري (2) وفي حكم تصرف الصغير غير المميز، تصرفات المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجز عليهما، ولو تمت في حالة الافاقة خلافا لما تقضي به الشريعة الغراء في هذه الحالة الأخيرة .

ويعنينا في هذا المقام، أن نبين حكم تصرفات الصبي المميز، وهو يعتبر ناقص الأهلية، ومن في حكمه كالسفيه وذي الغفلة .

فاذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات، وعلى هذا نصت المادة 43 من ق.م.ج : (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة (3) يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون).

وفقهاء القانون الوضعي - أسوة بما ذهب اليه فقه الشريعة السمحاء - يقسمون تصرفات الصبي المميز الى تصرفات نافعة نفعا محضا، وتصرفات ضارة ضررا محضا، وأخرى دائرة بين النفع والضرر (4) بيد أن قانوننا المدني، لم يبين حكم تصرفات ناقص الأهلية محيلا ذلك الى قانون الأسرة، رغم أن المختص في هذا الشأن، كما نرى مع أستاذنا علي علي سليمان (5) هو القانون المدني .

واذا رجعنا الى قانون الأسرة، وجدناه ينص في المادة 83 على ما يلي : (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له، وباطلة اذا كانت ضارة به، وتتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الامر للقضاء) .

---

1 - راجع في تفصيل ذلك: مجلة المحاماة المصرية: السنة 27 ص 907 ومابعدها انظر ايضا: مجلة القانون والاقتصاد : المرجع السابق ص 173 ومابعدها

2 - تنص المادة 82 من قانون الاسرة على مايلي : (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة) .

3 - وقع المشرع في خطأ، فكان يقصد ذكر عبارة (ذا غفلة) بدلا من كلمة (معتوها)، وقد اشرنا الى هذا في موضع سابق من هذا الباب .

4 - راجع عيسوي أحمد عيسوي : المرجع السابق ص 457، محمد أبوزهرة : المرجع السابق، ص 233 فقرة 172

انظر كذلك: Hossein Saffaï : thèse précitée, P.57 et S

5 - علي علي سليمان : المحاضرة العامة المشار اليها، ص 10 فقرة 3 .

أ — التصرفات النافعة لناقص الأهلية نفعا محضا :

وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كقبول الهبة والوصية. وهذه التصرفات تصح وتنفذ. ولما كان هذا النوع من التصرفات نافعا له نفعا محضا لا ضرر فيه، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة الى ناقص الأهلية، دون حاجة الى اجازة ولي أو وصي، لأن الرفض لا يصح، وهو ضرر به، فلا حاجة اذن لهذه الاجازة.

هذا، وفي تنفيذ هذه التصرفات من غير اجازة الولي، والحكم بصحة تصرفه النافع له نفعا محضا من غير اعتماد على أحد — منافع معنوية كبيرة، اذ بذلك يمرن على التصرفات النافعة، ويدرك المنافع والأرباح، ومضار الغبن والخسران، ويهتدي الى ابواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص (1).

ب — التصرفات الضارة به ضررا محضا :

وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه من غير مقابل، بحيث لا يكون فيها أي نفع مالي له، مثل الهبة والوصية وسائر التبرعات. وهذه التصرفات لا تصح من ناقص الأهلية، بل تقع باطلة، ولا تنفذ حتى لو أجازها الولي أو الوصي، لأن كلا من الولي والوصي لا يملك انشاء هذه التصرفات ابتداء، لأن تصرفات كل منهما مقيدة بما لا يكون فيه ضرر لناقص الأهلية.

ج — التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

وهي التصرفات المحتملة للنفع والضرر، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار وغيرها، وهذه يصح صدورها منه باعتبار ماله من أهلية، ولكنها تتوقف على اجازة الولي أو الوصي. أضف الى ذلك أن في " تصحيح " تصرفه الدائر بين النفع والضرر فائدة تعويده التجارة وتمريسه بها، والظفر بالكسب، واشعاره بمضاضة الخسارة بعدم اجازتها.

واما حاجة تنفيذ هذه التصرفات الى اجازة الولي أو الوصي، ذلك لأن في عقل الصبي المميز نقصا، وفي رأيه ضعفا، ويخشى عليه مغبة تصرفه وفساد تدبيره، وعدم تقدير العواقب، فكان لا بد من رأي الولي أو الوصي لتنفيذ هذه العقود، فان أجازها نفذت، وان لم يجزها بطلت (2).
هذا ما تقضي به المادة 83 من قانون الأسرة السابقة الذكر (3).

---

1 — عيسوي أحمد عيسوي: المرجع والموضع السابقان. محمد أبوزهرة: نفس المرجع والموضع.

2 — عيسوي أحمد عيسوي: المرجع والموضع السابقان، محمد ابوزهرة: نفس الموضع والمرجع

3 — قارن المادة 156 من قانون الاحوال الشخصية التونسي التي تنص على أن : (الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة، والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزا وتصرفاته تكون نافذة اذا كانت من قبيل النفع المحض، وباطلة اذا كانت من قبيل الضرر المحض، ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على اجازة الولي.)

غيرأنه ، يؤخذ على قانون الأسرة كما نرى مع أستاذنا علي علي سليمان (1)، ما ورد في نص م 83 الخاصة بتصرفات الصبي المميز ، فهذا النص ، كما رأينا ، يقضي بأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تتوقف على اجازة الولي أو الوصي . وقد كان ينبغي أن يكون نص هذه المادة كما يلي : (وتكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر صحيحة ولكن قابلة للابطال لمصلحته ، ويزول الحق في ابطالها اذا اجازها وليه أو وصيه قبل بلوغه سن الرشد ، أو أجازها هو بعد بلوغه هذا السن) . ان توقف مثل هذه التصرفات على اجازة الولي والوصي ، فكرة تأخذ بها الشريعة الاسلامية التي تعرف العقد الموقوف . غير أن قوانيننا العربية (ماعدا القانون العراقي) ، لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف ، واعتنقت النهج الذي سار عليه تقنين نابليون ، وقضت بأن العقد الدائر بين النفع والضرر قابل للابطال (2).

وعليه ، فان العقد يكون قابلا للابطال لنقص الأهلية في حالة التصرف الدائر بين النفع والضرر . وانه لمن الغريب أن المشرع الجزائري نص في المادة 101/ 2 من ق م على ما يتضمن أن لناقص الأهلية الحق في طلب ابطال العقد لمدة عشر سنين من يوم زوال نقص الأهلية ، دون أن يبين أي عقد (3). لكنه لا شك في أن المقصود هو العقد الذي يرد على تصرف دائر بين النفع والضرر .

وخلاصة القول هي ما يلي :

1 – ان عقد ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر ، قابل للابطال ، لأنه مشوب بعيب ناجم عن اختلال شرط الأهلية .

2 – كان ينبغي للمشرع الجزائري أن يضع نصوص المواد 78 و80 وهي خاصة بالأهلية مباشرة اثر المادتين 42 و 43 الخاصتين كذلك بالأهلية .

3 – كان على المشرع الجزائري ، أن يورد المواد من 81 الى 86 من قانون الاسرة وهي خاصة بحكم ناقصي الأهلية وفاقديها مباشرة عقب المواد التي تتكلم عن الأهلية في القانون المدني الجزائري .

4 – ان ق . م ج أطال كثيرا في مدة طلب الابطال لنقص الأهلية (وكذلك العيب في الرضا) ، وهذا من شأنه أن يؤدي الى عدم استقرار المعاملات .

---

1 – علي علي سليمان : مقال في مجلة الشرطة ، العدد 25 بعنوان : تعليق على قانون الأسرة ، ص 52

2 – منها القانون المدني المصري (في م 111) التي تنص على انه : (اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد او اذا صدرت الاجازة من وليه او من المحكمة وفقا للقانون

3 – علي علي سليمان : المرجع السابق نفس الموضع

الفـــرع الثـــانـــي

اذا شـاب الرضا عيب من عيـوب الارادة (1)

العقد تصرف قانوني قوامـه الارادة ، والارادة قد تكون غير موجودة أي معدومـة ، وفي هذه الحالة ، يعتبر العقد باطلا أي غيـر موجود . وقد تكون مـوجودة ولكـنها معيبة بعيب من عيـوب الرضا ، بحيث يقـدم الشخص على ابـرام العقد وارادتـه غـير سليمـة تمـاما ، ومن شـأن هذه العيوب أن تجعل العقد - رغم انعقاده - قـابلا للابطـال .

وقد حصـر القانون المدني الجزائري (م من 81 الى 91) عيوب الارادة في اربعة (2) (٪) هـي : الغلط والتدليس و الاكـراه والاستغلال . واليك فكرة عن كل من هذه العيوب .

اولا : الغلط : (3) أ - تعريفه : يجمع فقهاء العرب والغرب ، على أن الغلـط هو اعتقـاد يخالف الحقيقة ، يحمل الشخص على ابرام العقد . والى اصواتهم نضم صـو تنـا قائلين ان : (الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقتـه و يـدفعه الـى التعـاقـد) .

ب - أنـواعه : هناك نظريتان في هذا الصدد : تقليديـة وحديثـة .

النظـرية التقليـديـة : الغلط حسب هذه النظـرية أنـواع ثـلاثـة :

النـوع الأول : الغلط المانع : وهو غلط يحول دون انعقاد العقد ، لذلك يسمى بالغلط المعدم للرضا . ويكون الغلط مـانعا في الحالات التاليـة :

1 - الغلط في ماهية التصرف القانوني : وهو عبارة عن الغلط في الطبيعة القانونيـة للتصرف القانوني . ومثل هذا الغلط يمنع نشوء التصرف لانعدام الارادة ذلك أن اراد تـي طرفي التصرف لم تتوافقا ، فاحداهما انصرفت الى ابرام عقد معين ، بينما انصرفت الأخـرى الى عقد آخر . ومثال ذلك من يسلم لآخر مبلغا من النقود على سبيل الوديعـة ،

---

1 - انظر في هذا الموضوع : مجلة المحاماة المصرية ، السنة 29 ، بحث في عيوب الإرادة ، ص 78 ومـا بعدها .

انظر كـذلك : Ripert : la règle morale dans les obligations civiles, Paris 1935 P. 81 et s n° 41

راجع ايضـا : Lutzesco : op cit P. 343 et s .

2 - نص المشرع المصري على عيوب الارادة في المواد من 120 الى 130 من قانونه المدني. اما المشرع الفرنسي فتعرض لذكر عيوب الارادة في المادة 1109 من قانونه المدني وهي الغلط والتدليس والاكـراه .

3 - راجع خصوصا في هذا الموضوع : Ghestin : la notion d'érreur dans le droit positif aotuel, thèse Paris 1963 P. 1 n° 1 .

Gérard Farjat : droit privé de l'économie : T.2 les obligations, Paris 1975 P. 141.

انظر ايضا : محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق ص 290 فقـرة 171 .

البدراوي : الالتزامات (المصادر) ص 268 فقرة 188 .

ويأخذه الآخر على سبيل القرض، فمثل هذا الغلط يؤدى الى بطلان التصرف القانوني، فلا ينشأ لا عقد وديعة ولا عقد قرض (1).

2 ـ الغلط في محل الالتزام: كأن أبيعك العقار الفلاني وترتضي الشراء وأنت تعتقد أنني أنوى بيعك عقارا آخر.

3 ـ الغلط في سبب الالتزام بمعناه التقليدى: كأن يدفع الوارث مبلغا من النقود لآخر تنفيذا لوصية المورث، ثم يظهر بطلان الوصية.

النوع الثاني: الغلط الذي يعيب الرضا: وهو الغلط الذى لا يحول دون انعقاد العقد، ولكن ارادة أحد العاقدين لم تكن سليمة، فالغلط لا يعدم العقد بل يعيبه فحسب بحيث يكون قابلا للابطال. ويتمثل الغلط الذى يعيب الرضا فى الحالتين الاتيتين:

1 ـ الغلط فى مادة الشيء أو فى صفة جوهرية فى العقد ..

2 ـ الغلط فى شخصية المتعاقد متى كانت شخصيته محل اعتبار، ويظهر هذا خاصة فى عقود التبرع.

النوع الثالث: الغلط غير المؤثر: وهو الغلط الذى لا يؤثر فى رضا المتعاقد بحيث يكون العقد المبرم صحيحا، ويتحقق ذلك فى احدى هذه الحالات:

1 ـ الغلط فى صفة غير أساسية فى محل العقد.

2 ـ الغلط فى شخصية المتعاقد اذا لم تكن محل اعتبار، ويظهر هذا فى عقود المعاوضات.

3 ـ الغلط فى قيمة المحل (2)

4 ـ الغلط فى الباعث.

---

1 ـ لكن قد يثار التساؤل حول مصير المال الذى سلم على سبيل الوديعة وأخذه الطرف الآخر على سبيل القرض، والجواب على ذلك، أنه يستطيع المطالبة باسترداده على أساس دعوى الاثراء بلا سبب أو على اساس ما دفع دون حق، ذلك أن من تسلم المال أصبح يحوزه بسبب غير مشروع نظرا لبطلان عقد الوديعة وعقد القرض.

2 ـ لكن قد يكون العقد مع ذلك قابلا للابطال اذا كان العقد ينطوى على غبن أو استغلال.

النظـريـة الحـديثـة في الغلـط :

1 ـ استبعدت هذه النظرية "الغلط المانع" من نطاق الغلط كعيب في الرضا ، لأن مؤداه هو تخلف عنصر من عناصر العقد ، وهو التراضي . ففي الغلط المانع اما أن يتخلف اتفاق الارادتين على عنصر ماهية العقد أو محله أو سببه .

2 ـ ان هذه النظرية أوجدت معيارا للاعتداد بالغلط الذى يكون عيبا في الرضا ، ففرقت بين الغلط الدافع الى التعاقد والغلط غير الدافع ، فلم تأخذ بعين الاعتبار الا الغلط الدافع الى التعاقد ، بصرف النظر عن موضوع الغلط ، سواء انصب على مادة الشئ أو على صفة جوهرية فيه أو على شخصية المتعاقد (1) .

نظـرية الغلـط في ق.م.ج :

أخذ ق.م.ج . بما استقرت عليه النظرية الحديثة فى الغلط ، فأهمل الغلط المانع للرضا ، ولم يبق الا على الغلط المعيب للارادة ، وجعل حكمه قابلية العقد للابطال .

هذا ، ولم يحدد ق.م.ج حالات للغلط ، بل وضع معيارا عاما لحالاته هو الغلط الجوهرى ، أى الذى يبلغ حدا من الجسامة بحيث لولا وقوع المتعاقد فى الغلط لامتنع عن ابرام العقد (م 82 / 1) .

ويلاحظ أنه اذا كانت المادة 82 فى فقرتيها الثانية والثالثة قد ذكرت حالة الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ وحالة الغلط فى الشخص ، فانها قد أوردت هاتين الحالتين على سبيل المثال لا الحصر(2). وبذلك فان ق.م.ج يعتد أيضا بالغلط فى القيمة و فى الباعث حتى ولو لم يكن ناشئا عن غلط فى صفة جوهرية فى الشئ أو عن غلط فى الشخص ، مادام الغلط كان هو الدافع الى ابرام العقد . ومنه يتضح أن المعيار الذى يعتد به قانوننا المدنى هو المعيار الذاتي المتمثل فى كون الغلط هو الدافع الى التعاقد ، فهو يقوم على أسس البحث فى مدى أثر الغلط على ارادة الشخص المتعاقد ذاتها .

هذا ، ولن نترك الكلام عن موقف المشرع الجزائرى ، دون أن نطرح هذا التساؤل هل يشترط فى الغلط أن يكون مشتركا بين المتعاقدين ؟

---

1 ـ انظر : عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد . ص 172 ومابعدها فقرة 66 . بدون تاريخ
البدراوى : المرجع السابق ، ص 291 فقرة 205

2 ـ وهذا مايظهر صراحة من المادة 82 التى بنص مطلع فقرتها الثانية على أنه : (ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص . . .) أى اعطتنا أمثلة فقط على الغلط الجوهرى .

اكتفى القانون المدنى الجزائرى بالغلط الفردى ، فمتى وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهرى ، كان له الحق في طلب ابطال العقد وكان المتعاقد الآخر لم يقع في غلط (1) .

غير أن ق.م.ج أورد استثناء على قاعدة الغلط الفردى . فاذا كان المتعاقد الآخر الذى لم يقع في غلط ، قد أظهر استعداده لتدارك الغلط الذى وقع فيه المتعاقد معه ، فلا يجوز لمن وقع في غلط أن يتمسك بابطال العقد ، وبهذا قضت المادة 85/ 1 : (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية) .

ثانيا : التدليس :

أ — التعريف بالتدليس : هو ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد (2) .

(2) وبعبارة أدق هو : عبارة عن استعمال طرق احتيالية بقصد ايقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على المتعاقد (3) . ومنه تتبين الصلة بين التدليس والغلط ، فاذا كان الغلط وهما تلقائيا قام في نفس المتعاقد ، فان التدليس وهم مستثار ، أى غير تلقائي ، وانما نشأ عن التدليس (4) ففى الحالتين هناك غلط ، ولذلك جاز السؤال عما اذا كانت نظرية الغلط تغني عن التدليس ؟

مما لا شك فيه أن نظرية التدليس يمكن الاستغناء عنها الى حد كبير في النظرية الحديثة التى توسعت في نظرية الغلط ، فجعلته سببا للابطال كلما كان دافعا الى التعاقد دون تحديد لموضوع الغلط ، كما هي الحال بالنسبة الى القانونين الجزائرى والمصرى . فالتوسع في الغلط (بحيث يشمل الغلط في الشئ أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث ، بشرط أن يكون جوهريا) على هذا النحو يجعل نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس ، اذ يستوى أن يكون الغلط تلقائيا أو ناشئا عن التدليس .

لكن مع ذلك ، فقد اعتبر ق.م.ج ، كالقانون المدنى المصرى ، التدليس عيبا من عيوب الارادة مستقلا عن الغلط (م 86 ..) وقد قيل في تبرير هذا بوجود فارقين عمليين بين حالة الغلط التلقائي وحالة الغلط الناتج عن التدليس (5) .

---

1 — ونحن نرى أن مسلك المشرع الجزائرى لا غبار عليه ، اذ أن منطق عيوب الارادة ، يقضي بأن تكون ارادة المتعاقد مشوبة بغلط ، دون النظر الى ارادة المتعاقد معه .

2 — السنهورى الوسيط : ج 1 ص 318 فقرة 179

3 — انظر سملر : المرجع السابق ص 23 فقرة 22 — Ripert: op cit P.92 n° 47

انظر فارجا : المرجع السابق ص 148 — Savatier: cours de droit civil, T.2 2è ed. Paris 1949 P. 59 - 60.

4 — محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق ص 129 فقرة 30

5 — انظر : عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق ، ص 293 فقرة 207

التبريـــر الأول : يتمثـل في أن اثبـات الغلط الناتج عن التدليس أمـــر يسيـر ، لأن التدليس يفترض استعمـال وسائل احتيـالية يسهـل اثبـاتهـا .

التبـريـر الثاني : ان التدليس باعتبـاره عمـلا غير مشروع ، يترتب عليـه اذا نشـأ عنه ضـرر ، الزام المدلس بالتعويض ، وهذا الى جانب قابلية العقد للابطـال ، ذلك ان استعمـال الطرق الاحتيالية ينطوي على فعل خاطئ ، وكـل فعل خاطئ ينتج عنـه ضـرر ، يستوجب التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيـرية (م 124) .
هذا ، واذا كـان الغلط قد يغني عن التدليس فالتدليس لا يمكن أن يغني عـن الغلـط (1) .

ب — عنـاصر التدليس : يشترط لقيام التدليس في ق.م.ج ، وبالتالي لرفـع د عـوى ابطال العقد للتدليس ، توافر عنصرين : أحدهما مـادي ، وثانيهمـا نفسـي .

المنصر المـادي : استعمـال حيل : ويتحقق ذلك بلجوء المدلس الـى الاستعانة بطرق احتيالية لتضليل الغير بغية التوصل الى غرض غير مشروع ، سواء كـانـت تلك الحيل ايجابية مثل بيانات كـاذبة يقدمها البائع للمشتري ، أو سلبية كسكوت المدلس عمدا عن واقعة او مـلابسة لا يستطيع المدلس عليه معرفتها بطريق آخر (م 86/ 2) .

العنصـر النفسي : أن يكـون التدليس هو الدافع الى التمـاقـد : (2)
بحيث لولا ، مـا رضي المدلس عليه بالعقد ، فالتدليس الدافع هو الذى دفـع المتعاقد الى التعاقد ، وهو يـؤدى الى ابطال العقد . أما اذا كـان التدليس غير دافع Dol incident أى لم يحمل على التعاقد ، بل اقتصر أمره على حمله على القبـــول بشـروط أشد ، فهو لا يفسد الرضا ، وبالتالي لا يـؤدى الى ابطال العقد ، وكـل ما هنـالك هو أن أثـره يقتصـر على الـزام المدلس بتعويض المدلس عليه عمـا اصـابه من ضـــرر بسبب التـدليس (3) .

اذن ، يكون العقد قابلا للابطال بسبب التدليس اذا كان دافعا ، تدليسا دافعا Dol principal ، وقاضي الموضوع هو الذى يبت في ذلك مسترشـــدا بما تواضع عليه الناس في تعاملهم ، آخذا بعين الاعتبـار الحالة الشخصيـة للمتعاقد .

---

1 — راجع في تفصيل هذه المسألة : السنهوري : الوسيط ج 1 ص 333 فقـــرة 186

2 — وهو شرط منصوص عليه صراحة في المادة 86/ 1 من ق.م.ج ، وكـذلك في المادة 1116 مـن ق.م الفرنسي .

3 — انظر Aubert et Flour المرجع السابق ، ص 152 فقرة 212 اللذين يقولان أن : (Le dol incident, ne motive pas une annulation, il permet seulement au contractant trompé d'obtenir des dommages et intérêts).

لكن ما حكم التدليس الصادر من الغير؟ : تنص المادة 87 ق م ج على أنه :

(اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس) .

بهذا النص، يفرق م ج أن التدليس الصادر من الغير لا يعيب الارادة، وبالتالي لا يؤدي الى جعل العقد قابلا للابطال الا اذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

وبمفهوم المخالفة، فان المدلس عليه يستطيع طلب الابطال للتدليس شريطة أن يكون الطرف المتعاقد المستفيد من التدليس عالما به، أو من المفروض حتما أن يعلم به، فاذا أثبت المدلس عليه ذلك، كان المتعاقد معه متواطئا مع هذا الغير في استعمال الحيل، أما اذا لم يثبت ذلك، فان العقد لا يجوز ابطاله، ويرجع المدلس عليه بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس .

ويلاحظ في هذا الصدد، اختلاف القانون المدني الفرنسي عن القوانين العربية في عدم الأخذ بالتدليس الصادر من الغير . فالمادة 1116 من هذا القانون تشترط أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر حتى يجعل العقد قابلا للابطال، فان صدر من غير المتعاقد الأخر لم يكن مؤثرا على صحة العقد (1) .

ونحن نرى أن هذا الحكم هو من آثار القانون الروماني، حيث كان البريتور يجازي على التدليس باعتباره جريمة من الجرائم، ولهذا يجب أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر ويخالف القانون م ف في ذلك ما قرره بالنسبة الى الاكراه الذي جعله يعيب الارادة في جميع الاحوال، حتى لو كان صادرا من الغير (2) .

وينتقد كثير من الشراح في فرنسا حكم المادة 1116 من قانونهم المدني، على أساس أن التدليس لم يعد جريمة كما كان الحال في القانون الروماني، بل هو عيب في الارادة (م 1109) ، وهو يعيب الارادة بغض النظر عن الشخص الذي يصدر منه التدليس، بدليل أن المشرع (الفرنسي) سوى في الاكراه بين الاكراه الصادر من المتعاقد وبين الاكراه الصادر من الغير (م 1111) .

---

1 ــ انظر المادة 1116/ 1 ق م ف التي يجري نصها كما يلي :

(Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une de parties sont telles, qu'il est évident que, sans ses manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté) .

2 ــ انظر في هذا المعنى، البدراوي، : المرجع السابق ص 299 فقرة 211

راجع ايضا : الصده : مصادر الالتزام : ص 243 فقرة 179

انظر كذلك :

Planiol et Ripert:op cit P. 245 n° 209
Delamorandière:op cit P. 441 n° 805
Institut de droit comparé : les vices du consentement dans le contrat, sous la direc de René Rodière, Paris 1977 P.52 .

وقد حدا هذا الانتقاد بالقضاء الفرنسي الى التضييق في تفسير نص المادة 1116، فقصر حكمه على العقود دون التصرفات الانفرادية كالهبة والوصية (1)، بحجة ان النص ورد بشأن العقود فحسب، وأخرج الهبة والوصية من نطاق تطبيقه، فجعل التدليس يبطل الهبة والوصية حتى لو صدر من الغير، بحجة أن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من كل عيب.

ثالثا : الاكراه :

أ — التعريف بالاكراه : الأصل أن الشخص حر في ابرام العقد، طبقا لمبدأ سلطان الارادة، لكن قد يتعرض لضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد (2).

(2) وقد عالج القانون م ج الاكراه كعيب في الارادة في المادتين 88 و 89.

ويمكن أن يؤدي الاكراه الى انتزاع الارادة في حالتين :

الأولى : حين يكون الاكراه ماديا، وهو الاكراه الذي ينتزع الارادة عنوة لا رهبة وخوفا، وفي هذه الحالة ينعدم الرضا تماما، ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.

الثانية : حين يكون الاكراه معنويا، وهو الاكراه الناشئ عن التهديد، وهو يفسد الرضا، أي أن الارادة تظل موجودة لكنها ليست حرة بل معيبة.

والذي يفسد الرضا، ليست هي الوسائل المادية المستعملة في الاكراه، بل ما تولده في النفس من رهبة وخوف.

والاكراه المفسد للرضا هو ما قصده المشرع في المادة 88/ 1 ق م ج، التي تقضي بأنه: (يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق).

ب — شروط الاكراه كعيب في الارادة :

يشترط لكي يعيب الاكراه الارادة، توافر شروط ثلاثة :

1 — خطر غير مشروع : يصور للمتعاقد أن خطرا يهدده في نفسه أو في ماله أو في شرفه أو يهدد أحد أقاربه، بحيث يقدم على ابرام العقد تحت تأثير رهبة بينة (3)، ومنه يظهر أن نطاق الاكراه في ق م ج، محصور في المتعاقد أو أحد أقاربه (الزوج أو الزوجة أو أحد الفروع أو الأصول)، على غرار ق م الفرنسي (4) وعلى عكس ق م المصري الذي يجعل هذا النطاق واسعا بحيث يشمل حتى الغير (5).

---

1 — انظر: عوائض، 27 — 6— 1887 منشور في دالوز 88، 1 . 304

2 — عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص 195 فقرة 103

انظر ايضا : Farjat المرجع السابق ص 155

3 — المادة 127/ 1 من ق م ج المصري تستعمل عبارة (رهبة قائمة على اساس).

4 — انظر المادة 1113 ق م ف، التي يجري نصها كما يلي :

(La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement llorsqu'elle à été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants).

5 — وهو ما تقضي به المادة 127 من هذا القانون.

2 — يجب أن يكون الخطر محدقا أي وشيك الوقـــوع :
اذ لو تراخى التهديد بـه الى أجل يمكـن معه المتعاقد من اتخـاذ الحيطة لنفسـه فلا يكـون هناك اكـراه يفسـد الرضـا .

3 — ضغط غير مشروع : ويقصد به الضغط باستعمال وسائل غير مشروعة توصلا لغرض غير مشروع . فلابد من أن تكـون الرهبة التي يبعثها الضغط فى نفس المتعاقد قد بعثت بدون حق، اما اذا كـانت الوسيلة مشروعة فى ذاتها ، استعملت للوصول الى غرض مشـروع ، فـان ذلك لا يستوجب ابطـال العقد .

هذه هي الشروط التي تجعل الاكراه مفسدا للرضا، وبالتالي تـؤدى الـى ابطال العقد ، وقد نص عليها ق.م.ج فى المادة 88/ 2 قـائلا : (وتعتبـر الرهبـة قـائمة على بينة اذا كـانت ظروف الحال تصور للطـرف الذى يدعيها أن خطـرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقـاربه فى النفس أو الجسم أو الشـرف أو المـال) .

وتجدر الاشـارة الى أن المعيار الذي يعتد بـه فى تقدير الرهبة ، معيـار ذاتي ، فيجب أن تدخل فى تقـدير الرهبة ، كل العوامل التى من شـأنها تكييف نفسية الشخص . وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 88 ، حين قضت بـأنـه :
(يراعى فى تقديـر الاكـراه جنس من وقع عليه هذا الأكـراه ، وسنـه وحالته الاجتماعية والصحية ، وجميع الظروف التي من شـأنها أن تؤثـر فى جسـامة الاكـراه) .

لكـن ماحكـم الاكـراه الصادر من الغير؟ اى هل يشترط صدور الاكراه من المتعاقد الاخر؟
تنص المادة 89 ق.م.ج على أنه : (اذا صدر الاكـراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقـد المكـره أن يطلب ابطال العقد الا اذا أثبت ان المتعاقد الآخر كـان يعلم أو كـان من المفـروض حتما أن يعلم بهذا الاكـراه) .

فالقانون الجزائري ، يعامل الاكـراه معاملة التدليس ، أى أن الاكـراه الصـادر من الغير لا يكـون سببـا لابطال العقد الا اذا اثبت المكره علم المتعاقد الآخـر بـه ، أو أنه كـان فى استطـاعته العلم به . اما اذا لم يستطيع اثبات ذلك ، فلا يجـوز ابطـال العقد ، حرصا على استقـرار التعامل بين الناس واعمـالا لقاعدة الارادة الظـاهـرة . لكـن يجوز للمكـره مع ذلك الرجوع بالتعويض على الغير الصادر منـه الاكـراه عـلى أسـاس المسئولية عن الفعـل غيـر المشـروع .

ويـلاحـظ أن القانـون الفرنسي قـد أخذ بالأكـراه الصادر من الغير(1) .

---

1 — وعلى ذلك تنص المادة 1111 ق.م.ف بقـولهـا :
(La violoence exércée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exércée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite).

رابعـــا : <u>الاستغـــلال والغبـن</u> : (1)

والاستغلال يختلف عن الغبـن فى أن معيـاره شخصي ، بينمـا معيـار الغبن مـادى موضوعي ، وهو أن يقـل الثمـن عن أربعة أخمـاس ثمـن المثـل ، بينمـا معيـار الاستغلال هو أن يقـع المغبـون تحت تـأثيـر هوى جـامح أو طيـش بيـن (2) ، وأن يستغـل المتعـاقد معـه هذا الضعف ويحصل منـه على التـزامـات لا تتعـادل مطلقـا مع ما التـزم بـه نحـوه ، ومعنى ذلك أن الاستغلال عيب فى الشخص ، بينمـا الغبن عيب فى العقـد (3) .

<u>عنـاصـر الاستغـلال</u> : يتضح من المادة 90 من ق م ج وجوب توافـر عنصـرين تربطهمـا رابطة السببيـة ، حتى يمكـن الطعـن فى العقد على أسـاس الاستغلال : عـنصر مـادى ، وآخـر نفسي (4) .

<u>العنصـر المـادي</u> : هو عدم تعادل التزامـات المتعاقـدين (5) ، وعدم التعـادل بين الالتـزامـات لم يـرمـز اليه المشـرع برقم معين ، بل استلـزم فقـط أن تـكـون الالتـزامـات متفـاوتة كـثيـرا ، ويكـون تقـدير ذلك للقـاضي حسب ظـروف المـاقد وشـروط العقـد .

<u>العنصـر النفسـي</u> : وهو أن يستغـل المتعـاقد فى المغبون طيشـا بينا أو هوى جامحـا ، وأن يكون هذا الطيش البين أو الهوى الجامح هو السبب فى ابرام العقـد . ويقع عبء اثبات ذلك على الطرف المغبـون (6) .

هذا ، ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي ، لم يتكلم عن الاستغلال فى جانبـه النفسي ، بل تعرض فقـط لحالة الغبن واعتبـره عيبا فى العقد ، اذ لم يدرجه فى المـادة 1109 التى حصـرت عيوب الارادة فى الغلط والاكـراه والتدليـس .

---

1 — انظر خاصة : توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال في ق م المصري ، الاسكندرية 1957 . انظر ايضا : احمد كوراني : الاستغلال والغبن في العقود ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة 41 ص 922 — احمد سالم الشوربي : الاستغلال ، مجلة المحاماة السنة 35 ص 335 —

2 — لقد سقطت كلمتا (بين وجامح) فى المادة 90 ق م ج فى نسخته العربية .

3 — انظـر : (فـارجـا) المرجع السـابق ص 159

4 — وهذا ما جاء فى المشروع التمهدى للقانون المدني المصرى ، بخصوص المـادة 129 ق م المصـرى

5 — انظـر سمـلر : المرجع السابق ص 272 فقرة 225 حيث يقـول :
(La lésion est la conséquence juridique d'un désiquilibre entre les deux prestations d'un contrat synallagmatique).

6 — تـوفيق حسن فرج : نظـريـة الاستغـلال : فقـرة 22

والغبن في القانون المدني الفرنسي ، يعطي الحق في رفع دعوى بابطال العقد ، وتسمى هذه الدعوى في حالة الغبن فقط La réscision (1) وهي تقابل عبارة القابلية للابطال l'annulabilité المستعملة بالنسبة الى عيوب الارادة الاخرى وان كان الهدف منهما في النهاية واحدا ، فليست هذه الدعوى أي La réscision كما يقول Simler الا تطبيقا بطريقة مغايرة لنظرية البطلان ، والفقه الغالب على هذا الرأي (2) .

والسبب في اختلاف هذين المصطلحين ، سبب تاريخي أبقاه التقنين الفرنسي ، ويتمثل في أنه في ظل القانون الفرنسي القديم ، كان للمحكمة في حالة البطلان المؤسس على انتهاك قاعدة عرفية أو أمر ملكي ، أن تحكم من تلقاء نفسها بالبطلان . أما اذا كان الأمر يتعلق بمخالفة نص في القانون الروماني ، فانه كان على المترافع Le plaideur أن يطلب من الملك منحه رخصة مشفوعة بوسالة ابطال أو ما كان يسمى Lettre de réscision وذلك لكي يمنع الامبراطور الجرماني الذي كان يزعم أنه وارث أباطرة الروم — من التذرع بتطبيق القانون الروماني من طرف الملك الفرنسي ، فيباشر بالتالي سلطته ونفوذه على القطر الفرنسي . ومن هذا يظهر أن القانون الروماني لم يقبل في فرنسا الا كعرف فقط (3) .

هذا ، غير أنه رغم غياب النص القانوني على نظرية الاستغلال في ق م ف ، فان الفقه والقضاء الفرنسيين ، قد ابتدعا نظرية مشابهة تماما ، لمعالجة الحالات التي يكون فيها الشخص ضحية استغلال دون وجود غبن ، وأطلق على هذه النظرية تسمية (نظرية التسلط على الارادة ونظرية الايحاء أو الاستهواء) (4) .
(La suggestion et la captation)

جـزاء الاستغلال :

ان أغلب التقنينات الحديثة التي أخذت بالاستغلال ، جعلت منه عيبا يشوب الارادة ، ويؤدي الى جعل العقد قابلا للابطال ، لصالح المغبون ( )

---

1 — انظر المواد : 887 ، 1305 ، 1306 — 1674 من ق م ف التي تذكر هذه الدعوى

2 — انظر Simler : المرجع والموضع السابقين .

3 — انظر : Yvaine Bufelan Lanore : op cit P. 110 et 111

4 — للتفصيل في هذه النظرية راجع : J.Guynot : la suggestion et la captation en matière de libéralités, R.T.D.C. T.62.1964 P.199 et S.

انظر أيضا : Dalloz Rep. de législation, de doctrine et de jurisprudence, Paris 1952 (voire suggestion et captation).

وقد أخذ ق م ج بدوره بنظرية الاستغلال وجعله سببا لابطال العقد أو لانقاص الالتزامات المترتبة عنه حسب الاحوال (م 90) . فاذا توافر عنصرا الاستغلال ، فان المغبون بالخيار :
فاما أن يطلب انقاص التزاماته حتى تتعادل مع التزامات الطرف الآخر ،
وأما أن يطلب ابطال العقد (1) .

أ ـ فاذا طلب انقاص التزاماته ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بابطال العقد ، والا فيكون قد قضى بأكثر مما طلبه الخصم ، كما لا يجوز للقاضي زيادة التزامات الطرف المستغل لكي تتعادل مع التزامات المغبون .

ب ـ أما اذا طلب الابطال ، فيجوز للقاضي أن يحكم به ، كما يجوز له أن ينقص فقط التزاماته طبقا لنص القانون .

وأخيرا أجاز المشرع في عقود المعاوضات للطرف المستغل أن يتجنب الابطال ، بأن يعرض على القاضي ما يراه كافيا لمنع عدم التعادل (م 90/ 3) .

تلك هي الحالات التي تكون فيها الارادة معيبة (2) ، وهي الحالات التي تجعل العقد قابلا للابطال ، الى جانب حالة ابرام العقد من ناقص الأهلية .
غير أن القانون قد يقضي في نص خاص بأن العقد قابل للابطال ، وهي الحالة التي نتعرض لها فيما يلي :

الفرع الثالث : بيع ملك الغير :

نظم المشرع الجزائري بيع ملك الغير في المواد (397 ، 398 ، 399) من ق م . نقلا عن المواد (466 ، 467 ، 468) من القانون المدني المصري . فالمادة 367 ق م ج تنص على أنه : (اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه ـ وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري) .

اما المادة 398/ 1 فتقضي بأنه : (اذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري) ، وتضيف في فقرتها الثانية : (وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد) .

---

1 ـ يلاحظ أن القانونين الالماني والسويسري يرتبان على الاستغلال البطلان المطلق لا القابلية للابطال (م 138 ألماني وم 21 سويسري) لأنهما يعتبرانه فعلا غير مشروع .

2 ـ لقد استعملنا في هذا الفرع عبارة (عيوب الارادة) بدلا من عيوب الرضا أو التراضي لأن هذه العيوب يمكن أن تتحقق حتى في حالة التصرفات الصادرة من جانب واحد .

من هذين النصين يبين لنا أن نطاق بيع ملك الغير، محصور في حالة بيع شخص عينا معينة بالذات، غير مملوكة له، وهو يقصد نقل ملكيتها في الحال سواء أكان عالما بعدم ملكيته لها، أم أنه كان يعتقد ذلك . وسواء أكان المشتري عالما بأن البائع مالك للمبيع أم أنه يجهل ذلك (1) . وكما يقول استاذنا محمد حسنين (2) (لما كانت القاعدة في القانون المدني (الفرنسي) أن الملكية تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع، فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلا للملكية وبين كون البائع غير مالك، اذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة أن ينقل الى المشتري ملكية الشئ المبيع . وعلى هذا الأساس رتب القانون المدني (الفرنسي) بطلان بيع ملك الغير) ، فنص في المادة 1599 منه على أن : (بيع ملك الغير باطل، ويكون هناك محل للتعويضات اذا جهل المشتري أن العين مملوكة للغير) (3) . وعن القانون الفرنسي نقل القانون المصري ، ومن هذا القانون ، نقل المشرع الجزائري .

<u>أساس بطلان بيع ملك الغير :</u>

اختلفت نظرة الشراح المصريين بصدد المادة 466 من ق م المصري التي تقابلها المادة 397 ق م ج السابقة الذكر، في طبيعة جزاء بيع ملك الغير، وتأصيل هذا الجزاء من الناحية القانونية ، ويمكن التمييز بوضوح بين آراء أربعة (4) .

<u>الرأي الأول :</u> يقول هذا الرأي أن جزاء بيع ملك الغير، هو تقرير حق الفسخ للمشتري لاستحالة تنفيذ العقد ، تأسيسا على عدم قيام البائع بالتزامه في نقل ملكية المبيع الى المشتري . ويرى أنصار هذا الرأي أن المشرع لم ينظم في هذه الحالة الا الفسخ لعدم التنفيذ (5) .

---

1 — انظر السنهوري : الوسيط ج 4 (البيع) ، ص 271 ومابعدها فقرة 153
البدراوي : عقد البيع في القانون المدني ، ص 576 فقرة 388
طبعة 1960 .
توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة طبعة 1979 ، ص [illegible] ف 73 ،

2 — محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري طبعة 1983 ص 185

3 — انظر المادة 1599 ق م ف (La vente de la chose d'autrui est nulle. Elle peut donner lieu à des dommages - intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui)

4 — انظر في تفصيل هذه الآراء : السنهوري : الوسيط ج 4 ص 276 ومابعدها فقرة 155
انظر ايضا كلا من : البدراوي : عقد البيع ، ص 581 ومايليها فقرة 393
عبد الرزاق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة ، 116 فقرة 75
عبد الرزاق حسن فرج : المرجع السابق ص 124 ومابعدها ، محمد الالفي المرجع السابق ، ص 97 .

5 — جميل الشرقاوي : البيع والمقايضة والايجار : طبعة 1964 بالقاهرة ص 104، 107

الـرد على هـذا الرأي: انتقـد هذا الرأى من نـاحيتين :

أ — ان نص القانون صريح بالبطلان ، ولو أخذ بنظرية الفسخ استنـادا الى القواعـد العامـة ، لكـان نـص بيـع ملك الغير تـزيـدا .

ب — لوكـان حكم بيع ملك الغير، الفسخ فحسب ، لكـان للقـاضي سلطـة تقد يـريـة فى الحكـم بـه ، بينمـا طلب بطلان بيع ملك الغير يجب على القاضي الحكم به .

الرأي الثـاني : يذهب الى أن بيع ملك الغيـر، باطل بطلانا مطلقـا لا ستحالة المحل استحالة مطلقة فى الظـروف الخارجية المحيطـة بالبائع . غيـر أن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكيـة الى بيع منشئ للالتزامات ، طبقـا لنظـريـة تحول العقد الباطل التي أورد القانون المدنى المصـرى أحكـامها فى المادة 144 منـه (1) ، وهذا اذا ثبت أن نيـة الطرفين المحتملة كـانت تنصـرف الى ذلـك لو علمـا أن العقد الأول لا يمكن انعقـاد ، بسبب عدم ملكـية البائـع (2) .

وعلاوة على هذا ، يـرى هـذا الاتجاه أن المشرع قد جعل من بيع ملـك الغير تطبيقـا لنظرية تحول العقد الباطل ، وفرض فيـه فرضا لا يقبل اثبات العكـس انصـراف نيـة البائع الى التحول ، دون أن يفـرض ذلك في نية المشتـرى (3) .

الرد على هـذا الرأي : هـذا الرأى مـردود لسببيـن :

أ — انه يتعارض مع مـا ينص عليه القانون من أن بيع ملك الغير قابل للابطال وليس بـاطلا بطـلانا مطلقـا .

ب — ان نظرية التحول ، يشترط لقيامها انصراف نية كل من الطرفين الى ذلك وقت ابرام العقد . وفي حالة بيع ملك الغير، فان نية المتعاقدين قد لا تتجه الى ابرام عقـد منشئ للالتزامات يحل محل العقد الأول الناقل للملكية . وفي هذا كـلـه مخـالفة لنظريـة تحول العقد المنصوص عليها في المادة 105 ق م ج (4) والمادة 144 من ق م . المصرى .

---

1 — تقـابل المـادة 105 م . ج

2 — مـرقس : البيع والايجار (العقود المسماة) طبعة 1954 ، ص 129 فقـرة 94 .

3 — مـرقس : نفس المـرجع والمـوضع .

4 — تنص المادة 105 ق م ج على أنه : (اذا كـان العقد بـاطـلا أو قـابلا للابطـال وتوفرت فيـه اركـان عقـد آخـر فـان العقد يكـون صحيحا باعتبـاره العقد الذى توفرت أركـانه ، اذا تبيـن أن نية المتعـاقدين كـانت تنصـرف الى ابـرام هذا العقـد) .

الرأي الثالث : يعتبر ملك الغير حسب هذا الرأي بيعا موقوفا على غرار العقد الموقوف في الفقه الاسلامي (1). والعقد الموقوف ، يتوقف أثره على الاقرار الصادر من المالك :
فان أقره ، أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك ، وان لم يقره ظل العقد عديم الأثر كما كان .

تقدير هذا الاتجاه :
اذا كانت نظرية العقد الموقوف تفضل النظريات الأخرى ، مما يجعلها موضع اعتبار من حيث السياسة التشريعية ، الا أن هذا يقضي اعادة النظر في أحكام بيع ملك الغير على ضوء هذه النظرية ، بحيث يتوقف انتاج كل أثر للعقد على (اجازة) (2) المالك الحقيقي ، وقد أخذ القانون المدني العراقي في هذا الصدد بنظرية العقد الموقوف مع بعض التعديلات (3) (م 135) ونحن بدورنا نفضل هذا الرأي مع ضرورة تعديل تشريعي .

الرد على هذا الرأي : يؤخذ على هذا الرأي رغم وجاهته ، ما يلي :
أ — طالما يوجد نص قانوني يقضي باعتبار هذا البيع قابلا للابطال فلا داعي للقول بأنه عقد موقوف .

ب — ان القانون المدني المصري والجزائري لا يعرفان فكرة العقد الموقوف .

ج — ان بيع ملك الغير منتج لآثاره بمجرد ابرامه ، ولا يحكم ببطلانه الا اذا تقدم من له ذلك (وهو المشتري) طالبا ابطاله ، وحكم له به . أما العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، فلا يرتب أي أثر قبل اجازته من المالك الحقيقي (4) .

د — لا يجيز هذا البيع في الفقه الاسلامي الا من لم يكن طرف في العقد مثل المالك أو ولي القاصر أو وصيه . أما في القانون ، فان أحد طرفي العقد وهو البائع يمكن أن يصحح العقد اذا أصبح مالكا كما للمشتري هذا الحق وان كانت اجازته للعقد لا يترتب عليها تصحيح العقد وانما يترتب عليها سقوط حقه في طلب ابطاله .

---

1 — شفيق شحاته : النظرية العامة للتامين العيني : طبعة 1952 ص 79 فقرة 92 ذكره عبد الرزاق .
حسن فرج : المرجع السابق ص 128 ، والسنهوري : الوسيط ج 4 ص 280
2 — لقد لاحظنا في مكان سابق من هذا البحث ان الفقه الاسلامي يستعمل كلمة (اجازة) مكان كلمة (اقرار) .
3 — تنص الفقرة الاولى من المادة 135 م عراقي على أن (من تصرف في ملك غيره بدون اذنه ، انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك) .
4 — فالمنطق يقضي على مانرى ، بأن يقف العقد عن ترتيب آثاره حتى يجاز (وهذا هو موقف الفقه الاسلامي) لا أن يرتب العقد آثاره حتى يبطل وتزول هذه الاثار (وهو موقف القانون الوضعي) .

الرأي الأخيرة وهويحترم وضوح نص المادة 466 ق.م مصري (م 397م.ج)، ويقول ان بيع ملك الغير قابل للابطال لمصلحة المشترى بموجب نص خاص (1). وهذا البطلان لا يمكن تلمس أساسه في القواعد العامة للبطلان، بل في النصوص القانونية وحدها، فهذه النصوص هي التي خلقت البطلان، ومن ثم فان أحكام هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان، من ذلك أن بيع ملك الغير، ينقلب صحيحا اذا أصبح البائع مالكا للمبيع (م 398/ 2) مع أن العقد القابل للابطال (لا ينقلب صحيحا) الا اذا أجازه العاقد الذى تقرر حق الابطال لمصلحته، وهو هنا المشترى. كما أن للمالك الحقيقي أن يقر العقد، فيصبح صحيحا ويسرى في نفس الوقت في حقه.

ويلاحظ أن هذا الرأي الأخيرة هو الذى جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، فقد جاء فيها أن: (المشروع نص صراحة على أن بطلان بيع ملك الغير بطلان تقرر لمصلحة المشتري دون غيره، والبطلان هنا خاص انشاه النص (2). كما قضت بذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها مقررة أن: (بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى، ومن ثم يكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد، ومالم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فان عقد البيع يبقى دائما منتجا لآثاره، بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه اجازة للعقد) (3).

لكن يحق لنا أن نتساءل عن السبب الذي أوقع الفقهاء العرب في الاختلاف بصدد طبيعة بطلان بيع ملك الغير ؟

ان تضارب آراء الفقهاء العرب ــ على النحو السالف الذكر ــ لا يرجع الى صعوبة في فهم نص المادة 466 من القانون المدني المصري وتفسيرها،

---

1 ــ السنهوري : الوسيط ج 4، ص 282 فقرة 158

2 ــ مجموعة الاعمال التحضيرية : ج 4 ، ص 193

3 ــ حكم بتاريخ 14/ 03/ 1963، ذكره عبد الرزاق حسن فرج : المرجع السابق، ص 127 كما أشار اليه توفيق حسن فرج : عقد البيع ... ص 123 في الهامش.

بل يكمن ذلك اساسا في التقليد الاعمى الذي وقع فيه هؤلاء الفقهاء، حين نقلوا الينا اختلاف الفقه الفرنسي حول طبيعة بطلان بيع ملك الغير(3) المنصوص عليه في المادة 1599 مدني فرنسي ، وذلك ان هذه المادة الاخيرة اقتصرت فقط على ذكر كلمة "باطل Nulle" دون وصف ، فاختلف الفقه حول المقصود من هذا البطلان : أهو البطلان المطلق أم النسبي ؟

فاذا كان — اذن — لموقف الفقهاء الفرنسيين ما يبرره ، فكيف يبرر الفقهاء العرب اختلافهم ، رغم وضوح النص ؟

ونختم بقولنا ان الرأي الذي يعتبر بيع ملك الغير قابلا للابطال هو الرأي الذي نتبناه . وبذلك تكون حالات العقد القابل للابطال — كما اشرنا اليه — ثلاثا :

الاولى : حالة العقد الصادر من ناقص الاهلية ؛

الثانية : حالة صدوره من معيب الارادة .

الثالثة : حالة بيع ملك الغير .

---

1 — راجع بيع ملك الغير في الفقه الفرنسي في المرجعين الاتيين :

M. Leligeois : de la vente de la chose d'autrui, Paris 1869 .
D. Defolleville : Essai sur la vente de la chose d'autrui, Paris 1874.

المطلب الثاني

العقد القابل للابطال تلحقه الاجازة

قلنا سابقا ان العقد القابل للابطال ، هو عقد اكتمل وجوده وتوافرت أركانه، ولكن فقد شرطا من شروط الصحة . وقد بينا في المطلب السابق حالاته .

ان العقد القابل للابطال اذن، عقد موجود قانونا ، ومنتج لكل آثاره ، فلا فارق بينه وبين العقد الصحيح ، الا في أن العاقد الذى شرع الابطال لمصلحته يستطيع أن يطلب ابطاله، ولهذا السبب تصح اجازته . وقد نصت المادة 100 ق م ج والمادة 139 م . مصرى وليبي والمادة 140م . سورى على ذلك بقولها : (يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية ..) .

ان الاجازة اذن، تلحق العقد القابل للابطال ، وهذا ما استقر عليه الفقه (1) والقضاء (2) ، و التشريع (3) .فيكون لناقص الأهلية ، أو للمتعاقد الذى وقع في غلط أو كان ضحية اكراه ،او تدليس أو استغلال ، كما يكون للمشترى في بيع ملك الغير ، أن ينزل عن الحق الذى خوله اياه القانون في طلب ابطال العقد ... ويجيزه ، فيتأيد العقد ويستقر نهائيا ، (الا في بيع ملك الغير، فان اجازة المشترى لا تصحح العقد ، ولا تفيد الا أنه تنازل عن طلب الابطال) .

أما في البطلان، فانه - كما رأينا - لما كان الأمر يتعلق بمصلحة أساسية للجماعة، فانه لا يصح التنازل عما يتعلق بصالح الجماعة نظرا لمساسه بالنظام العام ، مع مراعاة صعوبة تحديد مفهوم النظام العام (4) هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فان الاجازة لا ترد الا على عقد موجود ولكنه مشوب بعيب من العيوب ، وبالتنازل عن التمسك بهذا العيب ، يتأيد وجود العقد نهائيا . أما في حالة البطلان المطلق ، فالعقد معدوم، و لا يمكن أن يرد تأييد على عدم .
تلك هي حالات القابلية للابطال ، التي ترد عليها الاجازة . ونرى في هذا الصدد ، أنه عندما يكون البطلان نسبيا فقط ، فانه من المستحسن تثبيت العقد . نعم اننا نعلم جيدا أنه يجب أن تؤخذ مصلحة الطرف المتضرر (المغبون) بعين الاعتبار،

---

1 — انظر : Marty et Raynaud : Droit civil T.2 V1, Paris 1962, P.163 n° 201.
H. L. et J. Mazeaud : Leçons de droit civil T.2 V1, Paris 1969 P.257 n° 310.

2 — من بين أحكام محكمة النقض الفرنسية ، حكم بتاريخ 10 — 12 — 1957 ، مذكور في (مجلة النقض) : 1957 . 1 . 393 .
حكم بتاريخ 23 — 02 — 1958 ، مذكور في نفس المجلة 1958 . 1 . 263

3 — وهذا ما تقضي به المادة 100 ق م ج وما يقابلها في القوانين الأخرى .

4 — انظر في تفصيل هذا الموضوع :
Japiot : thèse précitée : P. 205 - Farjat : op cit P.300 - 322.

لكن مع ذلك يجب مراعاة الأوضاع التي قد تنجم عن طلب ابطال العقد ، ذلك أن حصول الابطال بعد مرحلة ابرام العقد (1) من شأنه أن يخل بمصالح كثيرة: مصالح بعض الأطراف الذين كانوا يعتقدون في صحة الاتفاق (أي عدم قابليته للابطال)، ومصالح الغير الذين تعاقدوا معهم على هذا الأساس أيضا ، فيجب اذن – على مانرى – حفاظا على استقرار التعامل في المجتمع ، تجنب الابطال .

ان تنظيم مسألة البطلان النسبي ، يدور حول فكرة التضييق من مجال ابطال العقد المعيب. ويظهر هذا التضييق في ناحيتين :

الأولى : لا يمكن هدم العقد المعيب الا بمبادرة من أحد العاقدين ، وهو الطرف الذى يحميه القانون (م99 ، ق م ج) .

الثانية : ان المشرع ، رغبة منه أيضا في تضييق مجال الابطال ، سمح لنفس المتعاقد بالنزول عن حقه في طلب الابطال ، أي خوله حقا مناقضا لحق الابطال ، وهو الحق في الاجازة . وكأن المتعاقد اذ يمارس حقه الأخير ، يتنازل عن الحماية المقررة له قانونا ، وبذلك لا يبقى هناك مجال للتمسك بالابطال ثانية ، فهو الحكم الوحيد الذى يقدر مصالحه ، فان شاء استعمل حق الابطال وان أراد مارس حقه في الاجازة ، فهو بالخيار بينهما ، ولا يمكن لأى كان سواه ، أن يرغمه على طلب الابطال بدعوى أن القانون اراد حمايته بمنحه اياه هذا الحق .

المطلب الثالث

حكم اجازة العقد القابل للابطال

انقسم الفقه الى فريقين : فريق يعتبر الاجازة سببا لانقضاء دعوى ابطال العقد القابل للابطال ، وفريق يرى في الاجازة سببا يحول دون وجود دعوى الابطال .

---

1 – خاصة بالنسبة الى القانون المدني الجزائرى الذى يطيل هذه المدة كثيرا .

الفرع الأول : الاجازة سبب لانقضاء دعوى ابطال العقد القابل للابطال :

وحجة أنصار هذا الرأى (1) ماورد فى المادة 1338/ 2 من التقنين المدني الفرنسي بشأن الاجازة. واذا رجعنا الى نصها، وجدناه يقضي بأن (الاجازة تؤدى الى النزول عن الوسائل والدفوع التي كان ممكنا بها الاعتراض على التصرف) (2) ومنه يستشف هذا الفريق رأيه، ويقول ان الاجازة سبب لانقضاء دعوى ابطال العقد القابل للابطال (أى تؤدى الى التنازل عن دعوى الابطال) .

الفرع الثاني : الاجازة سبب يحول دون وجود دعوى الابطال :

على عكس ما تقدم، يرى هذا الفريق أنه ليس من شأن الاجازة أن تسقط دعوى الابطال، وانما من شأنها فقط أن تؤدى الى وضع مانع أو حائل دون وجودها (3) . ودليل هذا الفريق كما يقول الأستاذ جميل الشرقاوى، أن من شاب ارادته عيب قد لا يظهر رغبته فى ابطال العقد الذى أبرمه بالا يفصح عما شاب ارادته من عيب أى أن التصرف صحيح، ومن ثم فانه لا وجود لدعوى مقبولة بالبطلان. وبعبارة أخرى، ان الاجازة هي بمثابة انكار لوجود سبب البطلان، وهي لا تفترض وجودا سابقا له أو وجود دعوى به حتى تعتبر تنازلا عنها (4) .

الفرع الثالث : تقدير الرأيين وموقف المشرع الجزائرى منهما :

ان الرأى الأول — فى نظرنا — أسلم و أولى بالاتباع، وذلك لسببين (5) :

السبب الأول : ان المتعاقد الذى ابرم عقدا قابلا للابطال، يجد نفسه أمام حلين :

الحل الاول : له أن يطلب ابطال العقد، مادام القانون قد أقر له بذلك.

الحل الثاني : له ألا يطلب الابطال، اى أنه مع علمه بقابلية العقد للابطال . فهو لا يعمل حقه. ومن لا يمارس حقه فى نظرنا، معناه أنه ينزل عنه، ولا ننزل الا عما نعلم، ومن هنا نصل الى التعريف الذى ارتضيناه للاجازة من أنها : (النزول عن الحق فى طلب الابطال) ، وليست انكار الوجود سبب الابطال .

---

1 — انظر على الأخص : Marty et Raynaud : op cit P.184 n° 201
Carbonnier : Droit civil, T.4 (les obligations), Paris 1979 P.175.

2 — يجرى نص هذه المادة كما يلي : (La confirmation ... emporte la renonciation aux moyens et excéptions que l'on pouvait exposer contre cet acte...)

3 — وهو ما يراه جميل الشرقاوى : رسالته، ص 385 فقرة 137

4 — جميل الشرقاوى : نفس المرجع، نفس الموضع

5 — راجع : محمد حبار : المرجع السابق ص 183 .

السبب الثاني : خول القانون للمتعاقد الذى أبرم عقدا قابلا للابطال ، حق طلب ابطاله ، وحقه هذا محدد استعماله زمنيا ، ففي الفترة المحددة له أن يطلب الابطال أو لا يطلبه ، بأن يجيز العقد . فاذا مضت المدة المقررة قانونا ، سقط حقه فى اقامة دعوى الابطال ، وبذلك تكون الاجازة سببا لانقضاء دعوى ابطال العقد القابل للابطال .

هذان السببان أنتجا فى ذهننا اقتناعا باعتناق الرأى الأول .
ولعل هذين السببين ، هما ايضا ماجعل مشرعنا يرى الأخذ بنفس الاتجاه . فقد نص فى المادة 100/ 1 من ق.م على أنه : (يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية ..) ، ومن هذا النص يفهم أن ق.م.ج قد اعتبر الاجازة سببا لانقضاء دعوى ابطال العقد القابل للابطال ، خاصة اذا اطلعنا على نفس النص فى صيغته الفرنسية ، الذى يبدو لنا أكثر توفيقا حينما استعمل لفظ " ينقضي " ، بدلا من كلمة " يزول " المستعملة فى الصيغة العربية ، فجاء تعبير النص كما يلي : (ينقضي حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية) (1) .

---

1 – تقضي المادة 1/100 من ق.م.ج في صيغتها الفرنسية بما يلي :
(Le droit de faire annuler le contrat s'éteint par la confirmation expresse ou tacite).

الباب الثالث

آثار الاجازة

اذا أجيز العقد، استقر نهائيا بعد أن كان في وضعية قلقة، اذ كان مهددا بالزوال، لأن الاجازة – كما سبق تبيانه – تنازل من صاحب المصلحة عن حقه في التمسك بالابطال، وبها يزول الخطر الذي كان يحدق بالعقد، وتكون نتيجة ذلك أن يصبح العقد في مواجهة أطرافه باتا. بيد أن هذا الوضع الجديد الذي يكون من شأنه تغيير حالة العقد القلقة – يجب ألا يمس بحقوق الغير، وهذا طبقا للمادة 100/ 2 من ق.م.ج التي تقضي بأن: (تستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون اخلال بحقوق الغير) (1).

من هذا النص يتضح لنا ما يلي:

اذا كان من شأن الاجازة ازالة خطر الابطال الذي كان يهدد العقد، فان الفقرة الثانية من المادة 100 ق.م.ج، تضع تحفظا تجب مراعاته، ويتمثل هذا التحفظ في عدم الاخلال بحقوق الغير. ومن هنا نقول ان للاجازة آثارا فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة الى حقوق الغير. ونتناول كلا منهما في فصل خاص.

الفصل الأول

أثار الاجازة بالنسبة الى المتعاقدين

باستبعاد امكانية هدم العقد من طرف المجيز عن طريق تمسكه بالبطلان ثانية – فان المشرع يكون قد وضع مبدأ أنفاذ Efficacité العقد المجاز بأثر رجعي، هذا المبدأ الذي تترتب عليه نتائج لابد من تحديدها. و نبحث هاتين النقطتين، أي مبدأ أنفاذ العقد بأثر رجعي، والنتائج التي تترتب عليه تباعا في مبحثين.

---

1 – هذا النص يطابق المادة 140/ 2 ق.م سوري، م 139/ 2 ق.م مصري وليبي. وفي هذا المعنى أيضا م 237 عقود وموجبات لبناني: (التأييد اياكان شكله مقدرا كان أو صريحا أو ضمنيا يمحو العيب الذي كان في العقد فلا يبقي لاحد ان يتخذ هذا العيب حجة للاعتراض بأية وسيلة من الوسائل، سواء كانت دفعا ام ادعاء، وان التأييد يتضمن العدول عن كل الوسائل التي يمكن الاعتراض بها على العقد ما خلا الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية) انظر أيضا المادة 1338/ 3 ق.م.ف.

المبحث الأول

مبدأ أنفاذ العقد المجاز بأثر رجعي

ان الاجازة تجعل العقد في موضع حصين لا يرقى اليه حق التمسك بالابطال لهدمه ، فهذا الحق قد سقط (1)، وبذلك يكون العقد قد اكتسب فعالية كاملة ابتداء من يوم ابرامه (2) .

وندرج تحت هذا المبحث مطلبين؛ نخصص اولهما لمبدأ النفاذ ، وثانيهما لمبدأ الأثر الرجعي .

المطلب الأول

مبدأ النفاذ

ينتج عن الاجازة تثبيت العقد عن طريق خروج حق الطعن في التصرف من ذمة المجيز. لكن قد يمكننا ان نتصور أن حق الطعن هذا ، لم يكن مقصورا على المجيز ، فقد يثبت لاشخاص آخرين في الوقت ذاته ، فاذا سقط حق المجيز في طلب ابطال العقد ، فان حق هؤلاء في طلب هدمه يظل قائما ، أي أن مبدأ النفاذ هذا الذي نتكلم عنه ، مقصور أثره على المجيز ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فان المجيز قد يقرر النزول فقط جزئيا عن الحق في الطعن بالابطال .

<u>الفرع الأول</u> : <u>قصور أثر النفاذ على المجيز</u>

باجازة العقد ، يسقط حق المجيز وحده في طلب ابطال التصرف المعيب (3) .
ان تطبيق هذا المبدأ لم يثر أي اشكال ، وقد صدرت في ذلك عدة أحكام من محكمة النقض الفرنسية (4) ، اللهم الا اذا ظل للشخص الذي أجاز التصرف صفة أخرى في التمسك بابطال العقد من جديد (5) . وكل هذا ، اذا كانت دعوى الابطال ملكا لشخص

---

1 — أنظر : Baudry et Bard : المرجع السابق ، ص 364
راجع ايضا : Ripert et Boulanger : المرجع السابق ص 277 . Carbonnier : المرجع السابق 75 .

2 — وهذا ما يفهم من نص المادة 100/ 2 ق.م.ج

3 — راجع : Planiol et Ripert : المرجع السابق ص 392 . Gaudemet : المرجع السابق 175

4 — منها حكم بتاريخ 26 — 6 — 1956 منشور في دالوز 1956 ، 605

5 — أنظر : Carbonnier : المرجع السابق ، ص 357
كذلك Marty et Raynaud : نفس المرجع ص 185 فقرة 203 .

[illegible] واحد . لكن قد يتعدد المستفيدون من هذه الدعوى ، في هذه الحالة فان الاجازة الصادرة من أحدهم ، لا يكون لها أثر في مواجهة الباقين ، فحقهم يظل قائما في التمسك بالابطال ، أي أن الاجازة شخصية لا تلزم الا صاحبها ، تطبيقا للمبدأ الذي يقضي بالا يلتزم الشخص بارادة غيره (Nul ne peut être lié par la volonté d'autrui) ان الاجازة نسبية لا تتعدى المجيز .

الفرع الثاني : قصور أثر النفاذ على موضوع الاجازة

ان الاجازة كتصرف ارادي ، لا يمكن أن يكون مداها الا ما أراده المجيز . فاذا كان من شأنها في غالب الأحيان ، تثبيت العقد بشكل تام ، بحيث يمكن ان نطلق عليها بأنها كاملة ، فانها قد تكون جزئية ، وحينئذ ، يجب الرجوع الى قرار المجيز والوقوف على ارادته ، فقد يكون قد حصر الاجازة في بعض عيوب التصرف أو في بعض شروطه فقط . وبعبارة أخرى ، اذا كانت الاجازة تسقط حق صاحبها في التمسك بالابطال ، فان المجيز قد لا يبقى مكتوف الأيدي ، بل يعمد الى تكييف نزوله عن حقه ، أو الى تضيق مجاله ، وتكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن (1) .

أولا : الحدود المتعلقة بعيوب التصرف

ان الاجازة لا تزيل الا العيوب التي كانت معروفة من قبل المجيز أثناء صدور الاجازة ، فكما يقال ، لا يمكن النزول عما لا نعلم (On ne peut renoncer à ce que l'en ignore)

غير أنه اذا كان التصرف محل النزاع مشوبا بعدة أسباب توجب الابطال ، فليس هناك ما يمنع صاحب الحق في الابطال — ولو فرضنا أنه كان عالما بها جميعا — من قصر أثر الاجازة على أحد تلك العيوب . فالاجازة لا تتناول الا العيب المقصود بهذه الاجازة ، فان كانت هناك عيوب أخرى ، بقي باب الطعن مفتوحا من أجلها . ومن ثم اذا تعاقد قاصر وكان واقعا في غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقي له الحق في ابطال العقد للغلط (2) . وهذا ما تبناه القضاء (3) .

ثانيا : الحدود المتعلقة بشروط التصرف

ان بعض القضاء القديم كان يرى أنه يمكن حصر مدى الاجازة في بعض شروط التصرف محل النزاع ، وهذا ما قالت به محكمة النقض الفرنسية [illegible] بينما يبقى حقه في التمسك بابطال الشروط الأخرى للتصرف — قائما (4) .

---

1 — انظر : Valdelièvre: op cit P. 84

2 — انظر السنهوري الوسيط ج 1 : ص 519

3 — انظر حكما المحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 — 6 — 1869 د الوز 69 — 1 — 478

4 — " " " " " " " " " " " " 29 — 6 — 1857 د الوز 1858 — 1 — 33

5 — [illegible] 353 [illegible] 1 .

غيـر أننـا اذا دققنـا النظـر في هـذا الرأي ، لوجدنـاه قد جـانب الصواب ، ذلك أن الارادة المنفـردة ، لا يمكنها تغييـر محتـوى الاتفـاق . فكمـا يقول Martin de la Moutte ان الارادة المنفـردة تعجـز بمفـردها عن تقسيـم الوضع القـائم اذا كـان ذلك يـؤدي الى الحـاق ضـرر بحقـوق الغيـر (1).

فـالارادة المنفـردة اذن لا تستطيع تغييـر محتوى الاتفـاق ، فـان فعلت ذلك ، فـان فـعلها هذا ينشئ ايجـابا من جانبها يستلـزم قبـولا من الطرف الآخـر ، حتى يضيـق مجـال لالتـزامـات الأولـى (2).

وهذا الوضع الأخيـر ، يختلف عن وضع آخر يمكـن تصـوره ، الا وهو نـزول صاحب الحق في طلب الابطـال عن حقـه هذا لصـالح شخص معين بالذات ، مع احتفـاظـه بـه تجـاه أشخـاص آخرين . ويمكـن أن نطلق على مثـل هذا النـزول " اجازة بطريق التفضيـل Confirmation in favorèm

لأنـه في العلاقـة بين المجيـز والمستفيـد من الاجـازة ، فـان العقـد ينتج آثـاره المقـررة . وبعبـارة أخـرى ، فـان حق المجيـز في الابطـال ، سقـط في مـواجهـة شخص ، وبقـي قـائمـا في مـواجهـة آخـر غيـر أننـا نرى مع الأستاذ Valdelièvre (3) بـأن تنفيـذ العقـد تجـاه أحدهم يقـوم قـرينـة على اجـازتـه لصـالح الجميـع .

المطـلب الثـانـي

مبـدأ الأثـر الرجعـي

لقد كـان لمن شـرع له حق التمسـك بالابطال ، أن يعـارض في تنفيـذ العقد . كمـا كـان يمكنـه المطـالبة باستـرداد مـا يكون قـد تم دفعـه أو نقلـه تنفيـذا للعقـد القـابل للابطـال . غيـر أنه بعدوله عن استعمـال حقه ، يكون مجيزا للتصـرف ، واجـازتـه تلك تحصن العقد ، بحيث يمتنـع عليه بعد ذلك ، اعـادة النظـر في الاتفـاق بقـصـد المطـالبة بـابطاله . ومن هنـا يقـال ان الاجـازة متى صـدرت ، استنـد أثـرها الى تاريخ انعقـاد العقـد ، أي أن العقـد يعتبـر صحيحا بشكل نهائي لا من تاريخ صـدور الاجازة ، بل من وقت التعاقد (Valable ab initio) (4).

---

1 ـ أنظر : Martin de la Moutte : op cit P.353 n° 318

أنظر ايضا : Couturier : نفس المرجع ص 38 فقـرة 54

2 ـ Teyssie : op cit P. 19

3 ـ انظـر Valdelièvre:op citP.83

4 ـ Aubry et Raud : op cit P.445 n° 338 - Larombière: op cit P. 365
Colin et Capitant : op cit P.435 n° 772 - Gaudemet : op cit P.175
Mazeaud : op cit P. 250 n° 313 - Lutzesco : op cit P. 337
Ripert et Boulanger : op cit P. 277 n° 751 - Marty et Raynaud:op cit P.185 n° 203.

وكأن حق الطعن في التصرف المعيب لم يكن موجودا أبدا ، لذلك يقال ان للاجازة أثر رجعيا (1) وهذا الأثر يكون هو نفسه أيا كان سبب القابلية للابطال .

المبحث الثاني

نتائج نفاذ التصرف المجاز بأثر رجعي

ويمكن تقسيم هذه النتائج الى نوعين : نتائج مباشرة (فورية)، ونتائج غير مباشرة (غير فورية).

المطلب الأول

النتائج الفورية لنفاذ التصرف بأثر رجعي

1 ـ كنتيجة فورية (مباشرة) لهذا المبدأ ، يكون تطبيق القانون الذي كان ساري المفعول أثناء ابرام العقد ، هو الواجب ، لا القانون الساري في تاريخ الاجازة ، ويجب النظر في تقدير آثار العقد ، حسب القانون القديم ، أي قانون تاريخ ابرامه ، رغم أن استمرار نفاذه كان وليد الاجازة ، ذلك أن هذه الأخيرة لم تخلق وضعا جديدا لم يكن موجودا حتى يجب تطبيق النص الجديد عليه (2).

2 ـ ولنفس السبب أيضا ، فان الحالة القانونية لمال ما اكتسبه شخص نتيجة عقد معيب ، تخضع في حكمها للقانون الذي كان ساري المفعول أثناء انعقاد العقد لا أثناء اجازته (3) .

3 ـ فيما يتعلق بالمواعيد التي يمكن أن تسري على العقد (التقادم)، فانها تحسب من تاريخ ابرام العقد (4) ، لا من تاريخ اجازته .

---

1 ـ وهذا ماتقضي به المادة 100 ق م ج ، لكننا سننتقد هذا في حينه .

2 ـ راجع: Trifonescu :رسالته ، ص 103 وما يليها .
انظر ايضا ، Couturier :المرجع السابق ، ص 49 فقرة 68

3 ـ انظر ، Trifonescu: op cit P.103 - Couturier : op cit P.49n° 69
Valdelièvre : op cit P.88

4 ـ راجع : Planiol et Ripert : op cit P. 386 n° 304

المطلب الثاني

النتائج غير المباشرة (غير الفورية) لنفاذ التصرف بأثر رجعي

تترتب على الاجازة نتيجة هامة ذات أثر على المجيز نفسه ، تتمثل في سقوط حقه في التمسك بالابطال ثانية ، بحيث يمتنع قانونا على المجيز اعادة النظر مستقبلا في العمليات التي سبقت الاجازة .

وبناء عليه ، فان من وفى دينا تنفيذا لعقد مشوب بالبطلان ، له أن يستعيد ما دفعه لو أنه تمسك بحقه في الابطال . وشبيه بهذا حالة من تنازل عن حق ملكية باتفاق معيب بالنسبة اليه ، وسلم العين الى المشتري ، فقد كان يستطيع أن يرفع دعوى باستردادها .

ان هاتين الدعويين وثيقتا الصلة بالحق في التمسك بابطال التصرف محل النزاع ، بيد أنه لا مجال لاعمالهما بمجرد صدور الاجازة .

+x+x+x+x+x+x+x+x

الفصـــل الثـــانـــي

آثـار الاجـازة بالنسبـة الى حقـوق الغيـــر

اذا كـان نـص المـادة 100 فى فقـرتـه الثانيـة يقضي بـأن للاجـازة أثـرا رجعيـا، فـانـه يضع مع ذلك استثنـاء يمنع بمـوجبـه تطبيق هـذا الأثـر الرجعي على الحقـوق التى يكـون الغيـر قـد اكتسبها قبـل صـدور تلك الأجـازة(1) . فـالأثـر الرجعـي للاجـازة اذن لا يكـون الا فى العلاقـات فيمـا بين الأطراف دون الغيـــر .

ان القـانون بهـذا التحفـظ الوارد فى النص المـذكور، يهدف الى حمـايـة الغيـر . وسيكـون البحث هنـا ـ اذن ـ منصبـا على هـذه الحمـايـة، وهـــذا فى مبحثيـن: الأول منهمـا نخصصـه لمفهـوم الغيـر الذى تقـررت هـذه الحمـاية لصالحه . وثـانيهمـا نتنـاول فيـه أسـاس هـــذه الحمـايـــة .

المبحـــث الأول

ميـــدان الحمـــايـــة المقـــررة للغيـــر

ان التقـدير الصحيـح لمجـال تطبيق التحفـظ الوارد فى آخـر المـادة 100 ق.م.م.ج يقتضـي تحديـد مفهـوم الغيـر، ذلك أن كـلمـة "الغيـر" هـــذه لها معنى قـانوني غـامض وغيـر صـريـح (2). فنسمـــي "غيـرا" ــ حسب الظـروف ــ كـلا مـن الدائنيـن، والخلف العـام، والخلف الخـاص، والأشخـاص الأجـــانـب تمـامـا عن كـل مـن العلاقـة القـانـونية وأصحـابها، وهم مـا يطلق عليهـم عبـارة الغيـر البعيـــد Penitus extraneus .

---

1 ــ دون اخـلال بحقـــوق الغير، Sans préjudice du droit des tiers كمـا يقـول النـص .

2 ــ انظـر Valdelièvre رسالته، ص 91، انظـر أيضـــــا السنهوري: الوسيط ج 2: ص 196 فقرة 1130 فى الهامـش .

فالخلف العام: كقاعدة عامة ينصرف اليه أثر العقد ، وهذا ماتقضي به المادة 108 من القانون المدني الجزائري: (ينصرف أثر (1) العقد الى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث).

بيد أن الخلف العام ، قد لا ينصرف اليه أثر العقد ، بحيث يعتبر بالنسبة اليه من الغير، في الأحوال التي تشير اليها المادة 108 السابقة الذكر :

1 — في حالة اتفاق المتعاقدين على ذلك طبقا لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ،

2 — اذا كان المانع من انصراف أثر العقد الى الخلف العام نص في القانون، كنص المادة 439 ق.م.ج التي تنص على أن الشركة (تنتهي بموت أحد الشركاء ...).

3 — في حالة كون طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد لا تسمح بانتقاله الى الخلف .

4 — اذا أثبت الخلف العام أن تصرف سلفه صدر منه في مرض الموت ، فلا يسري التصرف في حقه الا باعتباره وصية (م 776 ق.م.ج).

والخلف الخاص: قد يكون من الغير، فلا ينصرف اليه أثر العقد ، اذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء الى الخلف أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو محدد له (2) .

والغير الأجنبي أصلا عن العقد: Penitus extraneus .

وهو من لم يكن طرف في العقد ، ولا خلفا لأحد المتعاقدين ، فهو لا ينصرف اليه أثر العقد ، لأنه خارج دائرة التعامل ، أي أجنبي عن العلاقة القانونية

لهذا ، نرى أنه ينبغي بادئ ذي بدء ، البحث عن الأشخاص الذين يعتبرون أولا يعتبرون من الغير.

1— سقطت كلمة "أثر" من نص المادة 108 ق.م.ج التي تقابل المادة 145 ق.م مصري.

2 — انظر المادة 109 ق.م.ج التي يجري نصها على هذا النحو (اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه).

المطلب الأول

من يعتبر غيرا ؟

ان المبدأ العام في تحديد من يعتبر " غيرا " يدور حول فكرة أن أثرا قانونيا معينا قد يمتد الى شخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد اليه ، فيعتبر من الغير بالنسبة الى هذا الأثر (1) .

فمن خلال التحفظ الوارد في الفقرة الثانية من المادة 100 ق م ج ، نجد أن المشرع يرمي من وراء هذا النص الى تحاشي الاثر الرجعي للاجازة بألا تضر بمن يكون قد اكتسب عن حسن نية حقا عينيا يتعارض وجوده مع بقاء التصرف المتنازع فيه قائما ، وذلك في الفترة ما بين انشاء العقد واجازته .

فالغير اذن — الذى يحميه نص المادة 100 هو كل من اكتسب حقا عينيا على عين معينة ، كانت موضوع تصرف سابق وقابل للابطال (2) أو كما يقول الأستاذ Couturier ان الغير هو الخلف الخاص للمجيز الذى يكون قد اكتسب حقوقا في فترة سابقة على الاجازة (3) .
فحسب نص المادة 100/ 2 اذن ، يعتبر " غيرا " الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد ولا ممثلين فيه ، والذين اكتسبوا في وقت لاحق من المجيز حقا يتعارض مع اعتبار التصرف صحيحا بأثر رجعي (4) .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد ، الى أن مفهوم الغير هنا ، هو نفسه بالنسبة الى نص المادة 328 ق م ج ، الخاص بالتاريخ الثابت بالنسبة الى الورقة العرفية (5) .

---

1 — راجع السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ص 196 فقرة 113 في الهامش

2 — انظر : Baudry et Barde : op cit P.365 – Gaudemet : op cit P.175, Lutzesco : P.378 – Trifonescu : P.107 – Weill et terré : P.341 n° 313

3 — راجع : Couturier رسالة ، ص 82 فقرة 113 حيث يقول :
(Ayant cause à titre particulier du confirmant, ayant acquis des droits antérieurement à la confirmation et postérieurement à l'acte confirmé).

4 — انظر في هذا المعنى : Aubry et Rau : op cit P.396 n° 337
Planiol et Ripert : op cit P. 393 n° 309

5 — تنص المادة 328 ق م ج على ما يلي : (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت . . .) . تقابل المادة 15 من قانون الاثبات المصري ، والمادة 328 من ق م ف .

المطلب الثاني

من لا يعتبر غيرا ؟

لا يعتبر "غيرا" حسب المادة 100/ 2، الأشخاص المتعاقدون أو الممثلون في العقد المجاز، وكذا الأشخاص الذين لم يتلقوا من المجيز نفسه حقا عينيا تتعارض المحافظة عليه مع الاجازة .

الفرع الأول

الأشخاص المتعاقدون أو الممثلون في التصرف المجاز :

ان الخلف العام لكلا المتعاقدين - وهو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث أو الموصى له بجزء غير معين من التركة في مجموعها - يعتبر امتدادا لشخص السلف، فهو يتلقى الحقوق منه وقت وفاته . وبناء عليه، فانه لا يستطيع ممارسة دعوى الابطال، اذا كان السلف قد عدل عن حقه في التمسك به، فالخلف اذن ليس من الغير .

كما لا يعتبر "غيرا" طبقا لنص المادة 100/ 2، الدائن العادي، فالاجازة الصادرة من مدينه تسري في مواجهته، فينفذ التصرف المجاز في حقه ابتداء من تاريخ ابرامه، اللهم الا اذا اصطبغت هذه الاجازة بغش أو تدليس، خاصة اذا علمنا أن الاجازة من التصرفات المفقرة (Un acte d'appauvrissement) (1) . ومعنى التصرف المفقر ان يكون التصرف القانوني الذي يصدر من المدين تصرفا من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، ففي هذه الحالة - حالة الغش أو التدليس - يكون للدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية اذا كانت شروطها متوفرة (2)، أي أن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة الى تصرف مدينه، فلا يسري في حقه .

---

1 - انظر : Laurent : op cit P. 663 n° 659
Planiol et Ripert : op cit P. 395 n° 309

2 - راجع في هذا الشأن : السنهوري : الوسيط ج 2 الفقرة 576 وما بعدها ص 996 وما يليها .

ان الغير الذى يجب الا تضر بـه الاجازة هو الخلف الخاص، وهو من اكتسب حقا عينا على العين موضوع التصرف القابل للابطال .

لكن رب سائل يسأل : كيف يتصور أن مجرد نزول أو عدول عن حق الا بطال — ممن لـه ذلك قانونا — من شأنه أن يمس بحقوق الغير؟؟

ان فهم هذا الأمر سهل للغاية، والمثل التقليدى الذى يضرب لتفسير هذه المسألة هو كما يأتي : قاصر مميز باع عينا، فتصرفه قابل للابطال، وبعد بلوغه سن الرشد باع تلك العين، ثم أجاز البيع الأول .

فاذا قلنا بأن نزول البائع (الذى كان قاصرا) عن حقه فى التمسك بابطال البيع الأول، يسرى فى مواجهة المشترى الثاني، فان حق هذا الأخير سيكون مصيره الزوال، لأنه يكون قد تعاقد مع غير مالك، بينما يستقر البيع الأول نهائيا . وفى هذه الحالة لا يكون فى وسع المشترى الثاني الا طلب فسخ العقد الثاني لعدم التنفيذ والتعويض عن الضرر الذى يكون قد لحق به من جراء ذلك .

بيد أننا، بتطبيق نص الفقرة الثانية من المادة 100، نجد أن حق المشترى الثاني مفضل على حق المشترى الأول الذى كان قابلا للابطال، أى أن الاجازة الصادرة من البائع لا تؤثر على حق المشترى الثاني الذى يخلص له .

فليس للاجازة اذن أثر رجعي بالنسبة الى الحقوق التى اكتسبها الغير، أى انها لا تسرى حماية لمن صدر لصالحه التصرف، اذا كان حسن النية أما اذا كان سيئ النية أو متواطئا، فتصح الاجازة بأثرها الرجعي من تاريخ ابرام العقد (1) .

أما من كان ذا حق شخصي متعلق بعين ما، فانه لا يستفيد من القاعدة المقررة بالمادة 100/ 2 فهو لا يعدو أن يكون دائنا تسرى فى مواجهته كل تصرفات مدينه، فهو يستطيع استيفاء حقه من الضمان العام لمدينه(2) غير أنه اذا كان فى نزاع مع صاحب حق شخصي مماثل — كأن يكونا مثلا شخصين استأجرا نفس المحل من مالك العقار — فان الاجازة لا تمس بحقه بالضرورة، فالأسبقية فى التصرف لا تؤخذ هنا بعين الاعتبار .

---

1 — أنظر حسيني نصار : المرجع السابق، ص 52

2 — راجع المادة 188/ 1 ق.م.م.ج التى تنص على أن :
(أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه...) .

هـذا ، ولن نترك هذه النقطة قبل أن نتعرض لمسألة أثارت بعض الجدل ، وتتمثل في حالة وجود كفيل ملزم الى جانب المجيز هـا اذا افترضنا أن الالتزام المضمون كان قابلا للابطال وأجازه المدين الأصلي ، فهل تسري هذه الاجازة على الكفيل أو لا تسري ؟

لقد انقسم الرأي بهذا الصدد الى قسمين :

فالفريق الأول : وهذا هو رأي الأستاذين Trifonescu et Pellet (1)، يرى أنه بما أن المادة 2036 من القانون المدني الفرنسي تخول للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بجميع الأوجه المتعلقة بالدين ، والتي كان للمدين أن يتمسك بها ، فان هذا الأخير لا يستطيع أن يحرم الكفيل من هذا الحق بعدوله عن الاحتجاج بابطال الدين الأصلي . فالكفيل وفقا لهذا الرأي ، يستطيع أن يتحلل من التزامه اذا أجاز المدين الأصلي هذا الالتزام ، استنادا الى نص المادة 2036 ق.م.ف التي يفهم منها أن الكفيل يبرأ بمجرد براءة المدين ، وله أن يدلي بجميع الأوجه ~~الخاصة~~ المتعلقة ~~بشخصه (2)~~ بالدين دون تلك التي تتعلق بشخصه (2).

الفريق الثاني : غير أن هناك فريقا ينحو منحى آخر ، ويرى أن الاجازة تسقط حق الاحتجاج بالابطال في مواجهة الكفيل ، لذا فهو يبقى ملتزما بكفالة الدين اذا أجازه المدين الأصلي (3) .

هذا بالنسبة الى القانون والفقه الفرنسيين . أما اذا أردنا أن نلقي نظرة على القانون المدني الجزائري ، فاننا نجد أن المادة 649 منه ، تنص على ما يلي : (من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول ، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654) (4) .

---

1 — أنظر : Pellet : de la ratification des actes entachés de nullité ou confirmation. Thèse, Paris 1903 P. 146

أشار اليه (تيسيي) : المرجع السابق ص 21

Trifonescu : op cit P. 110

2 — يجري نص هذه المادة كما يلي : (La caution peut opposer au créancier toutes les excéptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; Mais elle ne peut opposer les excéptions qui sont purement personnelles au débiteur).

وتقابل هذه المادة الفقرة الأولى من المادة 654 من القانون المدني الجزائري .

3 — أنظر : Valdelièvre رسالته : ص 98

4 — يلاحظ أن هذه المادة قد اخطأت في الاحالة اذ أشارت الى المادة 645 بينما الصحيح هو المادة 654 .

وكما يلاحظ فان هذا النص مقصور على حالة نقص الأهلية :
لكن العقد قد يكون قابلا للابطال لسبب آخر غير ذلك ، فقد يكون سبب القابلية للابطال عيبا فى رضا المتعاقد ، كأن يكون رضاه مشوبا بالغلط أو بالاكراه أو بالتدليس أو بالاستغلال ، وقد يكون سبب القابلية للابطال نصا فى القانون كما هي الحال فى بيع ملك الغير ، فقد نص القانون على أنه قابل للابطال فيما بين البائع والمشترى لمصلحة هذا الأخير .

فاذا كان العقد قابلا للابطال لسبب آخر غير نقص الأهلية ، فاننا نرى مع الأستاذ السنهوري وجوب تطبيق القواعد العامة (1) . ولما كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون الالتزام قابلا للابطال لعيب فى الرضا أو لنص فى القانون ، فان الكفيل فى هذه الحالة — والتزامه تابع للالتزام الأصلي المكفول — له أن يتمسك بهذا الدفع ، فاذا رجع عليه الدائن ، تمسك فى مواجهته بأن التزامه قابل للابطال كالتزام المدين الأصلي .

<u>ولنفرض أن المدين الأصلي أجاز العقد القابل للابطال ، فهل يحرم الكفيل من التمسك بابطال الكفالة ؟</u>

الاجابة تكون بالنفي ، ذلك أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بحقه فى ابطال الكفالة ، لأنه كفل المدين لما كان العقد قابلا للابطال ، وليس للمدين أن يسوئ مركز الكفيل باجازته لهذا العقد .

أما اذا كان سبب قابلية العقد للابطال هو نقص الأهلية فانه يجب التمييز بين ثلاثة فروض (2) :

<u>الفرض الأول</u> : كفالة ناقص الأهلية والكفيل لا يعلم بنقص الأهلية :

فاذا اجاز المدين الأصلي العقد القابل للابطال ، يستطيع الكفيل أن يتمسك بقابلية العقد للابطال ، وتبعا لذلك بابطال الكفالة .

<u>الفرض الثاني</u> : أن يعلم الكفيل بنقص أهلية المدين المكفول :

فاذا أجاز المدين الأصلي العقد بأن تنازل عن حقه فى التمسك بنقص أهليته ، فان الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بذلك الدفع لأنه كان يعلم

---

1 — السنهوري : الوسيط : ج 10 ص 44 فقرة 21

2 — راجع فى تفصيل هذه المسألة : السنهوري : الوسيط ج 10 ص 47 ومابعدها فقرة 21

وقت الكفالة أن المدين ناقص الأهلية ، وبعبارة أخرى ، يعتبر الكفيل قد نزل عن الدفع بالتمسك بنقص الأهلية وهذا ما يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة 654 ق . م . ج التي تقضي بأنه : (غير أنه اذا كان الوجه الذى يحتج به المدين ويتمثل فى نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه) .

الفرض الثالث : أن يكون سبب الكفالة هو نقص الأهلية :

وهذا ما نصت عليه المادة 649 السابقة الذكر : (من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول ..) فيفترض فى هذه الحالة أن كلا من الكفيل والمدين الأصلي والدائن عالم بنقص الأهلية ، وأن العقد قابل للابطال وأن الكفالة لم تعقد الا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي الذى يستطيع أن يطلب الأبطال .

فاذا فرضنا أن المدين الأصلي أبطل العقد بأن تمسك بنقص أهليته ، فليس للكفيل أن يتمسك بذلك ، لأنه لم يكفل الدين الا لذلك السبب ، فيصبح حينئذ مدينا أصليا . أما اذا اجاز ناقص الأهلية العقد واستقر نهائيا بالاجازة ، فان ناقص الأهلية (وهو المدين الأصلي) يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي ، ويكون الكفيل ضامنا له فى تنفيذه ، باعتباره كفيلا له لا باعتباره مدينا أصليا (1) .

هذا ، وتجدر الأشارة بعد ذلك كله ، الى أنه اذا كان اكتساب الحق العيني ضرورة لا بد منها للاستفادة من الحكم الذى وضعته المادة 2/100 ، فانه يشترط علاوة على ذلك ، أن يتم ذلك الاكتساب قبل صدور الاجازة ، أما اذا كان لاحقا عليها ، فان التصرف المجاز يسرى على الغير (2) .

---

1 — السنهورى : ج 10 ، ص 49 فقرة 21 .

2 — أنظر حكما لمحكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 25 نوفمبر 1856 منشور فى دالوز 56 1 . 385 .

الفـــــرع الثـانـــي

الأشخـاص الـذيـن لم يكـتسبوا حقـا من المجيـز

لكي تثبت صفـة "الغيـر" لشخص مـا ، وفقـا للمـادة 100 في فقـرتهـا الثانيـة ، يجب أن يكـون هذا الشخص قـد تلقى من المجيـز حقـا يتعـارض بقـاؤه مـع صحة التصـرف المجـاز بـأثر رجعي . فلا تثبت هـذه الصفـة (أي صفـة الغيـر) لمن تلقـى الحـق من شخـص آخـر غيـر المجيـز . فلنفـرض أن عقـارا بيـع لقـاصر ثم رتب عليـه بعد ذلك رهن رسمـي ، لا مـن طـرف القـاصر بل من البائع نفســـه لحسـاب أحـد دائنيـه . فـاذا أجـاز القـاصر العقد بعد بلـوغه سـن الرشـد فـانه ينتج عن ذلك زوال الرهن ، أمـا الدائن المرتهـن ، فلا يستطيـع أن يتـذرع بالتحفـظ الوارد في الفقـرة الثـانية من المـادة 100 ، فصفة الغيـر التي تتكلـم عنهـا هذه الفقـرة لا تثبت له لأنـه لم يتلق الحق مـن المجيـز ، بل من البـائـــــع . فلكـي يعتبـر الدائن المرتهن من الغير وبالتالي لا تسـرى عليـه الأجـازة ، يجـب أن يكـون قـد تلقى الحق مـن المجيـز نفســـه (1) .

المـطـلـب الثـالـث

تعقيـب على مبـدأ الأثـر الرجعـي للاجـازة

ذلك هو حكم الأجـازة كمـا أراده الشارع (م 100/ 2) ويـراه معظم الفقـــه . غيـر أن هذا الحكـم لا يمكـن التسليم به دون ابـداء الرأي فيـه . ونحن نـرى أنـــه من واجبنـا – في هذا البحث المتـواضع – أن نطـرح على نفسنـا هذا التسـاؤل :

هل يجب بالضرورة تفسيـر مسـألة تـأييد العقد بالاجـازة واعتبـاره بالتالي صحيحـا من يـوم ابـرامـه ، عن طريق اللجـوء الى مفهـوم الأثـر الرجعـي ؟

اجـابة على هذا التسـاؤل نـرى مـا يلي : ان مفهوم الأثر الرجعي – في هذا الصـدد – ليس الا حيلة أو تصورا لا فـائدة من اللجـوء اليه (2) اذ يمكـن تفسير آثـار الاجـــازة دون الاستعـانـة بهـذه الحليـــة .

---

1 – راجـــع : Gaudemet نفس المـرجـع ، ص 175

2 – انظـــر Valdelièvre ص 89 و 90 – Gaudemet ص 175 الذي يقول :
(Il faut éviter d'introduire ici la notion de la rétroactivité, fiction initule, il y a simplement consolidation de l'acte préexistant).

ان طبيعة العقد القابل للابطال تجعلنا نشك في صواب نص الفقرة الثانية من المادة 100 (التى تقضي بان للاجازة أثرا رجعيا). فحكم العقد القابل للابطال أنه عقد ذو وجود قانوني، ويكون قبل الأجازة عقدا صحيحا يرتب جميع آثاره من تاريخ ابرامه، وكل مافى الأمر أن القانون خول لأحد أطرافه طلب ابطاله. فاذا ماطلب ذلك وقضي له به، انعدام العقد وزالت آثاره بأثر رجعي. أما اذا صدرت الاجازة فان كل ما يترتب عليها، هو زوال القابلية للابطال، أى سقوط حق المتعاقد في التمسك بالابطال ثانية، وبذلك ينتهي الخطر الذى كان يهدد العقد فيصبح في وضع مستقر بعد أن كانت وضعيته قلقة.

ولتقريب الفكرة الى الأذهان، نضرب مثلا ببيع ناقص الأهلية: ان بيع ناقص الأهلية — أو من شاب رضاه عيب من عيوب الارادة — عقد ناقل للملكية في العين المبيعة منه الى المشترى، حتى يبطل، فاذا أبطل، زالت آثاره بأثر رجعي من يوم انعقاده، فيعتبر كأن لم يكن، أما اذا أجيز العقد، فليس من شأن هذه الاجازة الا تأكيد ما أنتجه من آثار وابعاد عوامل الفناء عنه.

ومن هنا نقول: ان صحة العقد نتيجة طبيعية لعدم قبول الطعن فيه بالبطلان مستقبلا، وليست وليدة زوال البطلان بأثر رجعي (1) فينبغي اذن أن نتحاشى التحدث عن مبدأ الأثر الرجعي، اذ لا فائدة منه في هذا المجال وكل ما هناك هو تأييد وتثبيت وضع سابق الوجود.

ونخلص الى أن الاجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن له من قبل، وانما تقتصر على تأييد هذه الآثار، ومنع احتمال زوالها مستقبلا. لذلك فاننا نقول مع بعض الفقهاء بأن ليس للاجازة أثر رجعي، وقول النص باستنادها الى الماضي، قول في نظرنا تعوزه الدقة ويجانب الصواب، وبناء عليه فانه لا يمكننا أن نتصور الأثر الرجعي الذى يمكن أن يضر بحقوق الغير (2).

---

1 — انظر : Couturier : op cit P. 55 n° 78-Valdelièvre P.90 : Gaudemet : P. 175 - Martin de la Moutte : P.I18 n° 121

2 — مرقس: العقد، ص 315 الصدة : العقد ص 408
— علي علي سليمان : الحقوق العينية الأصلية والتبعية ص 406 ومابعدها.

ولنعد الى المثال الذى أوردناه آنفا ، لنطبق عليه ما نقوله الآن : ان المشترى من قاصر ، يصبح مالكا للشيء المبيع الى أن يطلب البائع (وهو هنا القاصر) ابطال العقد ، فاذا باع القاصر العين ثانية بعد بلوغه سن الرشد أورهنها ، فانه يتصرف فى ملك غيره ، فاذا أجاز بعد ذلك البيع الذى أبرمه وهو قاصر ، فان الملكية تستقر للمشترى الأول خالصة من الرهن (1).

واقتبس هنا ما يراه الاستاذ سليمان مرقس معلقا على نص المادة 139 ق.م. المصري الجديد يطابق المادة 100 ق.م.ج (.. وقد كان هذا النص محل جدل كبير فى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ انتهى باقراره . ولقد دافع ممثل الحكومة عن هذا النص أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بقوله ((ان ذلك يتحقق فى حالة شخص باع منزله مرتين مثلا ، ورأى اجازة العقد الأول من البطلان ، فالمشترى الثاني تجب حمايته لأن التصرف الثاني يعتبر تنازلا عن حق الاجازة ، ولذلك يجب عدم نفاذ الاجازة فى حق المشترى الثاني)) غير أنه يلاحظ ، أنه لا يكفي لتبرير الحل الذى اراده المشرع ، القول بأن التصرف الثاني يعتبر نزولا عن الحق فى اجازة التصرف الأول ، لأن ذلك يعني التمسك بابطال هذا التصرف ، مع أن الأبطال لا يتم الا اذا تمسك به المتصرف وقضت به المحكمة ، أما قبل ذلك فالعقد يكون صحيحا منتجا لكل آثاره) (2).

وختاما لهذا المبحث ، نخلص الى أن الاجازة لا تأتي بحال جديدة للتصرف ، بل يستمر التصرف فى انتاج آثاره وكأنه لم يقم حوله أى شك منذ تاريخ ابرامه. فالاجازة لا تصحح عقدا كان باطلا ، بل هي ترفع الخطر الذى كان يتهدد العقد ، ولذلك يكون الأثر الرجعي للاجازة خاليا من المضمون الحقيقي . ثم ان القول بأن هذا الأثر الرجعي لا يمس حقوق الغير هو الآخر قول غير دقيق ، اذ يجب أن يبحث فى مركز الغير على أساس أن العقد كان دائما عقدا صحيحا منتجا لأثاره (3) .

وكما يقول استاذنا علي علي سليمان (4) ، (فان تفسير نص المادة 139/ 2 ق.م. المصرى (5) عسير ، اذ ليس للاجازة أثر رجعي ، وهي لا تفيد الا النزول عن طلب الابطال فى المستقبل ، دون أن تضيف جديدا الى العقد الذى كان صحيحا ومنتجا لآثاره حتى يتقرر ابطاله .

---

1 ـ مرقس : المرجع السابق ، ص 316

2 ـ سليمان مرقس : العقد ص 315 و 316

3 ـ البدراوى : الالتزامات : ص 390 فقرة 281 محمد حسنين : الوجيز ص 82 / 83

4 ـ علي علي سليمان : الحقوق العينية ص 406 وما بعدها

5 ـ المقابل للفقرة الثانية من المادة 100 م.ج .

فاذا انتفى الأثر الرجعي للاجازة ، فلا يكون هناك معنى لعبارة هذا النص ((دون اخلال بحقوق الغير)). أما تفسير الأستاذ السنهوري لهذا النص بقوله : (فلو أن قاصرا باع عينا وبعد بلوغه سن الرشد وقبل اجازته للبيع رهن العين ، فان اجازته للبيع رهن العين ، فان اجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن ، وتنتقل العين الى المشترى مثقلة بالرهن (1) فيعترض عليه :

أولا : بأن بيع القاصر كان صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يتقرر ابطاله ، فقيامه بعقد رهن بعد بلوغه سن الرشد ودون ابطال البيع يعتبر رهنا لملك الغير تجرى عليه أحكام هذا الرهن (2).

ثانيا : بأن قيام البائع بعمل رهن على العقار المبيع يعتبر تعرضا قانونيا للمشترى واخلالا بالتزامه بالضمان يعطي للمشترى الحق فى الرجوع عليه بدعوى الضمان .

أما اذا كان القاصر قد رهن العقار ثم باعه بعد بلوغه سن الرشد ، فقد رأى بعض الفقهاء أن بيعه يعتبر ضمنا عدم اجازته منه للرهن ، ولكن يعترض على هذا الرأى بأن الرهن لا يحرم الراهن من التصرف فى العقار المرهون ، ولذلك شرع حق التتبع للمرتهن ، ثم ان التمسك بابطال العقد القابل للابطال ، يجب أن يتم قضاء أو بالاتفاق لا ضمنا).

---

1 — السنهوري : الوسيط ج 1 ص 518 فقرة 318

2— يلاحظ ان ق م ج لم يتعرض لاحكام رهن ملك الغير .

المبحث الثاني

اساس الحماية المقررة للغير

بعد أن أبدينا الملاحظات السابقة، فاننا ازاء وجود نص المادة 100 / فقرة ثانية، وضرورة اعماله – نحاول تفسير التحفظ الوارد به على نحو لا يتعارض مع المبادئ الأولية المستقر عليها والتى سبقت الاشارة اليها .

يرى الفقه وهو يجاري التشريع فى ذلك، أن الاجازة لا تسرى على الغير، ذلك أن المادة 1338/ 3 من القانون المدنى الفرنسي (1) نصت على أن الاجازة يجب ألا تضر بحقوق الغير « Sans préjudice du droit des tiers» وقد سبق أن أشرنا الى المقصود بالغير.

وفكرة عدم الاضرار بالغير – الواردة بالنص – فسرت بأنها عدم سريان أثر الاجازة على هذا الغير. لكن الفقه لم يجمع على رأى واحد فى تعليله لقاعدة عدم سريان الاجازة على الغير. ويمكن ارجاع تلك القاعدة بعد الوقوف على مجمل الآراء، الى ثلاث أفكار هي :

1 – هناك من يعتبرها ناتجة عن الارادة التى عبر عنها المتعاقدان ضمنيا، ومما يبرمان العقد، وأصحاب هذا الرأى يرون ان عدم سريان أثر الاجازة على الغير قائم على فكرة حوالة حق الطعن بالبطلان، أو التنازل عنه (2) .

2 – وهناك من يرى فيها تطبيقا لمبدأ الضمان .

3 – وأخيرا ، هناك من يرجع تلك القاعدة الى حق خاص للخلف فى الطعن بالبطلان ، يمنحه اياه القانون .

ونتناول كلا من هذه الأفكار الثلاث على حدة ، فندرس مفهوم الفكرة ، ونعقب عليها مباشرة بما يمكن أن يوجه اليها من انتقاد .

---

1 – وهو النص الذى اقتبس المشرع العربي مادته المقابلة منه

2 – حوالة حق الطعن بالبطلان فى حالة كون التصرف ناقلا للملكية . أما التنازل عنه، فيكون فى حالة كون التصرف رهنا .

المطلب الأول

القول بالارادة الضمنية

الفرع الأول : مفهوم هذه الفكرة :

ان المستفيد من دعوى الابطال ، يعتبر كانه تنازل عنها ضمنيا للخلف الخاص الثاني ، في الوقت الذي يخوله فيه حقا على العين . ويرى أنصار هذه الفكرة ، أنه من المستساغ والمعقول ، أن من كان قد باع عينا ما ، ثم باعها ثانية ، يكون قد أدخل في روعه أن تصرفه ذاك سيرتب آثاره ، وهو ما يتضمن نية تزويد المشترى الثاني بكل الأوجه القانونية التي تمكنه من اسقاط التصرف الأول ، ولو لم يكن الأمر كذلك ، لتعرض للمسؤلية في مواجهته ، وما كان لتصرفه الثاني أي معنى . اذن ، فمن فكرة التنازل الضمني أو الحوالة الضمنية ، نستشف تفسيرا معقولا لارادة الاطراف (1).

الفرع الثاني : الرد على هذه الفكرة :

ان قبول هذه الفكرة كتفسير عام لعدم الاضرار بحقوق الغير ، يصطدم بعقبات ثلاث :

أ — فبادئ ذي بدء ، ان دعوى الابطال لم يكن في الوسع التنازل عنها الا اذا كان الطرفان يعلمان بوجود القابلية للابطال (2) ومن دون أي شك ، فان الطرفين غالبا ما يعلمان بوجودها ، ولذلك فان المالك يتصرف في العين من جديد . غير أن القضاء لم يشترط أبدا أن تكون القابلية للابطال معلومة من الطرفين لكي ينطبق حكم الفقرة الثالثة من المادة 1338 ق . م . ف (المقابلة للفقرة الثانية من المادة 100 ق م ج) ولنفرض جدلا ، أننا سلمنا بذلك ، فهنا سيكون من المفارقات مراعاة حقوق الغير في الحالات التي يكون فيها هذا الغير عالما بالأخطار التي يمكن أن تكتنف التصرف الذي أقدم عليه ، فالأولى أن يحمى الغير الذي كان يجهل ذلك (3).

---

1 — انظر في هذا الموضوع Aubry et Rau :n° 337 - Laurent : P. 659n°657
Baudry et Barde : P. 365 n° 2016

2 — راجع : Japiot : op cit P. 395 - Valdelièvre : P. 101

3 — انظر Valdelièvre ص 101

ب — ثم اننا اذا سلمنا بأن قاعدة عدم سريان الاجازة على الغير تستند الى فكرة التنازل عن دعوى الابطال ، فان الخلف الذى لم يعقد عقدا مع صاحب الحق العيني لا تجب حمايته . فلنفرض أن دائنا عاديا حصل على حكم ضد مدينه ، فأصبح بمقتضى هذا الحكم دائنا مرتهنا وسجل الرهن الذى استفاد منه ، فهذا الدائن لم يتلق حقه على العين عن طريق اتفاق مبرم بينه وبين المالك ، فهذا الأخير لا يمكن أن يقال عنه أنه تنازل ضمنيا عن دعوى الابطال التى كان فى امكانه رفعها ضد رهن رسمي سابق .

بيد أن القضاء ، يرى أن الاجازة ، يجب الا تضر بمن اكتسب حقا عن طريق حكم أو قانون ، اذا ما تمت بعد شهر هذا الحق (1) .

3 — وأخيرا ، فانه من الممكن أن نأخذ على فكرة التنازل هذه عدم اتفاقها مع ارادة الأطراف على وجه التأكيد الا فى حالة واحدة . ويرى أحد أنصار هذا الرأى (2) فى خصوص هذه الحالة ، حصر مدى التحفظ الوارد بشأن حقوق الغير ، وذلك عن طريق التمييز بين ما اذا كان حق الغير لا يتفق من الناحية القانونية مع الحق الناشئ عن العقد القابل للابطال ، أو أن التوفيق بينهما ممكن ، فنحن أمام حالتين .

— حالة لا يمكن فيها التوفيق بين الحقين المتعاقبين ، وحالة يمكن فيها ذلك . ولتوضيح المسألة ، نضرب مثلا لكل حالة على حدة :

<u>الحالة الأولى :</u> لنفرض أن العقد القابل للابطال كان بيعا كما أن العقد الذى أنشأ الحق لصالح الغير كان بيعا ، فى هذه الحالة لا يمكن التوفيق بين الحقين .

<u>الحالة الثانية :</u> كان العقد القابل للابطال عبارة عن ترتيب رهن رسمي ، وكان العقد الثاني (الذى تم لصالح الغير) بيعا أو رهنا رسميا آخر . فهنا نجد أن العقدين يمكن تواجدهما معا فى آن واحد اذ بامكاننا بيع عين بعد أن سبق رهنها ، أو رهنها من جديد .

استنادا الى هذه التفرقة ، يقول أنصار هذا الرأى ، أنه فى حالة عدم امكان التوفيق بين الحقين الناشئين بالتعاقب ، فانه يجب تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة 100 ق.م.ج ، والفقرة الثالثة من المادة 1338 ق.م. فرنسي .

---

1 — انظر : Valdelièvre ص 101 و 102 . وقد صدرت عدة أحكام من المحاكم الفرنسية فى هذا الصدد ، منها حكم لمحكمة ران Rennes بتاريخ 19 — 02 — 1879 — دالوز 1879 — 2 . 65

2 — راجع : Aubry et Rau المرجع والموضع السابقين .

أما اذا كان التوفيق بين الحقين ممكنا ، فلا مجال لتطبيق هذا الحكم، بحيث ترتب الاجازة أثرها في مواجهة الغير الذي يتحمل نتائج العقد المجاز، فاذا كان قد اشترى العين، فانه يتحمل الرهن الذي أجيز، واذا كان هو نفسه الدائن المرتهن ، فان حقه يكون مسبوقا بالرهن السابق (الأول) (1)) .

ويرى من يقول بهذا الرأي، ضرورة اجراء مقارنة موضوعية بين الحقوق المتعاقبة(2) ، بحيث لا يكون لقرينة التنازل من أثر لصالح الخلف الخاص الثاني الا اذا كان بقاء العقد الأول يهدم حقه. أما اذا كانت الاجازة لا تخلع عن التصرف الثاني كل فعاليته ، فهنا يجب التسليم بأن الخلف قد قبل أن يكون حقه مسبوقا أو ناقصا ، وتكون صحة العقد الأول سارية في مواجهته .

ويبرر هذا الفريق رأيه بقوله : اذا كان الحقان متنافرين ، فيجب أن نفترض بأن من كان له حق التمسك بالابطال قد تنازل ضمنيا عن اجازة العقد ، وذلك بابرامه العقد الثاني ، والا كان سيء النية ، أو أن تصرفه مجاف للمنطق والعقل Un acte absurde أما اذا كان التوفيق بين الحقين ممكنا فينتفي كل تناقض، اذ أن صاحب الحق في الابطال ، وهو يرتب الحق الثاني لصالح الغير ــ قد وضع في روعه امكانية اجازة التصرف الأول ، أما الغير فقد كان يعلم بوجود العقد القابل للابطال ، وكان بامكانه توقع الاجازة ، فلا يلومن الا نفسه .

هذا ما يقوله أنصار هذا الرأي . غير أننا نرى وجوب استبعاد ه واستبعاد التمييز الذي يورده . فالاجازة لا يمكن أن تسري في مواجهة الغير، ولو امكن التوفيق قانونا بين الحق الناشئ عن العقد القابل للابطال وحق الغير .
ان المادة 100 ق.م.ج لم تضع تحفظا لصالح الغير لكون المجيز قد تنازل لهذا الغير عن حقه في الاجازة، بل ان الغير قد اكتسب حقا خاصا في التمسك بالابطال (3) بمعزل عن فكرة النزول الضمني ممن له ذلك، وحقه ذاك قد اكتسبه بمثابة تابع للعين موضوع العقد ، وله أن يستعمل هذا الحق دون قيد أو شرط اللهم الا وجود مصلحة قانونية (اذ لا دعوى بدون مصلحة) ، وهذه المصلحة موجودة في الحالتين المذكورتين سابقا ، والتي ميز ذلك الفريق بينهما : فمن اكتسب عينا تكمن مصلحته في استبعاد آثار رهن نشأ في فترة سابقة ، والدائن المرتهن له مصلحة في الا يكون حقه مسبوقا بحق دائن آخر .

---

1 ــ انظر : Aubry et Rau المرجع والموضع السابقين .

2 ــ نفس المرجع والوضع . أنظر كذلك : Toullier القانون المدني الفرنسي الطبعة الخامسة الجزء 8 فقرة 523 .

3 ــ انظر : Gaudemet المرجع السابق ص 177

هذا، ومن جهة أخرى، فان القائلين بهذه الفكرة قد ضيقوا من مجال الحماية المقررة لصالح الغير، اذ أنه ضرب من التكهن البت بصورة مجردة فيما اذا كان الخلف الثاني قد رضي مقدما بالاجازة، أو أنه وهو عالم بالتصرف الأول لم يتعاقد الا لكونه قابلا للابطال (1) .

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية الخط الذي سارت عليه أغلبية المحاكم ومحاكم الاستئناف، فسواء أكان حق الغير قد أهدر، أم أنقص فقط، فان الاجازة لا تسري في مواجهته (2) .

ونخلص من هذا، الى أن فكرة مراعاة حقوق الغير، لا يمكن تأسيسها على النية الضمنية للأطراف، اذ أنه من قبيل المجازفة أو المخاطرة تفسير قاعدة قانونية عن طريق محاولة الوقوف على اتجاه الارادة (3) .
وانطلاقا من كون القاعدة التي تضعها المادة 100/ 2 لا تقوم على الارادة الضمنية للمستفيد الأصلي من دعوى الابطال، فلا مجال لضرورة أن يكون الحقان المتعاقبان غير قابلين للتوفيق، بل يكفي أن تمس الاجازة بحقوق الخلف الخاص (4) .

المطلب الثاني

تطبيق مبدأ الضمان

الفرع الأول : مفهوم هذه الفكرة :
من أبرز أنصار هذه الفكرة الفقيه Japiot [5] الذي يرى أن عدم سريان الأجازة على الغير، ناتج عن الضمان الواجب للخلف الخاص الثاني من طرف المجيز . فالمجيز لا يضمن فقط التعرض الصادر من الغير، بل يضمن أيضا فعله الشخصي، فالتزام المجيز للمتصرف اليه الثاني بضمان فعله الشخصي يجعل تنازله عن البطلان، غير سار في حق المستفيد من الضمان . وبناء عليه فانه في حالة اجازة عقد سابق، فان الخلف الخاص الثاني يجد نفسه قد ابعد بفعل من تصرف اليه، فهنا يدخل الى الحلبة، ضمان الفعل الشخصي الذي يكون جزاؤه هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 100 الا وهو عدم الاضرار بحقوق الغير .

---

1 — في هذا المعنى Valdelièvre رسالته ص 104
2 — انظر حكما لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24—3—1880 منشور في دالوز 1881 — 1 — 374
3 — راجع : Ripert et Boulanger المرجع السابق ص 277
4 — انظر : Ghestin : الالتزامات ص 711 فقرة 832
5 — انظر : Japiot : op cit P. 804

الفرع الثاني : الرد على هذه الفكرة :

ان هذا الرأى لا يمتاز عن سابقه فى تبرير حكم الفقرة الأخيرة من المادة 100، بوجود التزام لمصلحة الخلف الخاص، على عاتقه . ويبين ذلك من النقاط الآتية :

أ — ان الالتزام بضمان الفعل الشخصي ، لا يمكن أخذه بعين الاعتبار الا فى العلاقات فيما بين المالك وخلفه الخاص الأول . غير أن ما يحدث فى الواقع أن التحفظ الوارد بالمادة 100، يتمسك به عادة، فى حالة نشوب نزاع بين الخلف الخاص الأول والخلف الخاص الثاني لنفس العين.(1) فعادة يكون الخلف الثاني فى مواجهة الأول ، سواء أطالبه بالشيء الذى يحوزه ، أم أنه يعارض فى طلب قدمه الخلف الاول .

ان الدفع بالضمان لا يكون له معنى ، الا اذا كان المالك الاول هو الذى يطلب الخلف الثاني بالعين ، أو كان هذا الأخير يطالب المالك الحقيقي بتسليمه تلك العين .

ب — ان الالتزام بالضمان، لا يوجد الا كتابع للعقد (Accessoire d'un contrat) ونحن نعلم أن الغير قد يتلقى الحق العيني دون عقد ، ورغم ذلك ، فانه لا يستبعد من نطاق الحماية القانونية المقررة بالمادة 100. ولو جارينا النظرية فى منطقها ، لقلنا أن من لم يتلق حقه بعقد ، لا يستفيد من الالتزام بالضمان، وبالتالي لا يتطبق عليه الاستثناء الوارد بهذه المادة، فتكون الاجازة بذلك سارية فى مواجهته والحال أن هذا الحكم لا ينحصر فى اطار تلقي الغير الحق العيني عن طريق العقد .

المطلب الثالث

اكتساب الخلف حقا فى الطعن بالبطلان

الفرع الأول : مفهومه :

تجنبا للانتقادات الموجهة الى الرأيين السابقين، رأى فريق آخر من الفقهاء (2) أن خير تبرير لعدم سريان الأجازة فى حق الغير، هو ارجاعه الى حق خاص Droit propre للخلف فى الطعن بالبطلان يمنحه اياه القانون . فالاساس الصحيح لحماية حقوق الغير — فى رأى هؤلاء — يقوم على أن من اكتسب حقا عينيا يكون قد اكتسب فى الوقت ذاته ، حقا فى التمسك بابطال عقد سابق قد يضر به .

---

1 — انظر : Valdelièvre, P707.

2 — انظر : Gaudemet ص 175 وما يليها — Aubert et Flour ص 269 فقرة 348 — Starck ص 502 فقرة 652

ان الفقرة الثانية من المادة 100ق.م.ج التي تقابل الفقرة الثالثة من المادة 1338 ق.م.ف ، تتضمن في الواقع كما يقول Ghestin (1) بالضرورة أن الخلف الخاص أيضا قد اكتسب الحق في الطعن بالبطلان، وهو حق خاص يظل قائما حتى بعد الاجازة التي تكون قد ازالت الحق الأصلي في التمسك بالبطلان . ولنضرب لذلك المثل التقليدي ؛ باع قاصر عقارا، فبيعه قابل للابطال وبعد بلوغه سن الرشد ، باعه ثانية لشخص آخر، ثم أجاز البيع الأول .

فاذا نحن طبقنا القواعد العامة في الاجازة ، وجدنا أن البيع الأول صحيح ، فلا يكون للبيع الثاني أي أثر ، والمشترى الثاني لا يثبت له أي حق ، وبذلك تكون الاجازة قد تمت ضد المشترى الثاني، وهي النتيجة التي هدف المشرع الى تحاشيها واعتبر أن من تعاقد مع الطرف الذي كان له الحق في التمسك بالابطال ، يكون قد اكتسب هو نفسه حقا خاصا في الطعن بهذا الابطال ، فلن يستطيع المالك الاصلي عن طريق اجازته العقد الأول - المساس بحق المشترى الثاني هذا (2).

والأمر على عكس ذلك في حالة ما اذا تم نقل الحق من طرف المتعاقد الذي لم يكن يملك حق الطعن بالبطلان . فالتحفظ الوارد بالمادة 100، لا يجد مجالا لتطبيقه هنا، اذ الغير في هذه الحالة ، لم يكتسب حقا خاصا في التمسك بالبطلان، فهذا الحق لم يثبت لمن تلقى منه الحق العيني (3) ومثال ذلك ؛ قاصر اشترى عقارا، ثم باع البائع هذا العقار من جديد ، لكن القاصر بدلا من طلب ابطال البيع الأول، أجازه. فهنا ستؤثر هذه الاجازة في حق الغير (وهو المشترى الثاني هنا) ، لأن هذا الأخير تلقى حقه من البائع ، وتصرف البائع هذا، لا يمكن أن يعرض للخطر حق المشترى الاول (القاصر بعد بلوغه سن الرشد) في الاجازة (4) .

هذا، ويبرز الحق الخاص في الطعن بالبطلان، الى الوجود ، في حالة ما اذا أراد المكتسب الثاني ابطال البيع الأول ، فان له أن يطالب بملكيته للعين وذلك بتمسكه بأن من تصرف اليه كان مالكا في تاريخ ذلك التصرف ، فيستطيع أن يسترد العين، بأن يواجه أي طلب بالتنفيذ يتقدم به الخلف الأول ، وذلك بالدفع بابطال البيع الأول .

---

1 - راجع: Ghestin المرجع السابق : ص 716 فقرة 832

2 - انظر على الخصوص: Gaudemet نفس المرجع ، ص 175 ومابعدها

3 - في هذا المعنى: Gaudemet المرجع السابق ص 176

4 - يلاحظ هنا أن القاصر وحده ، هو الذي له الحق في طلب الابطال ، أما المشترى الثاني ، فلم يتلق حقه من القاصر حتى يكون له الحق في الابطال .

هذا هو الوضع الذى تبناه القضاء الفرنسي كما يقول Valdelièvre (1).
فللخلف الخاص أن يتمسك شخصيا بطلب الابطال ، وحقه فى ذلك حق خاص دون أن يلجأ الى استعمال الدعوى غير المباشرة التى قد لا تتوافر شروطها ، وبذلك لا تؤثر الاجازة فى حقوقه ، فهي بالنسبة اليه Res inter alios acta .

الفرع الثاني : تقدير هذا الرأي :

ان هذا الرأى ، كما نرى مع الأستاذ جميل الشرقاوى (2) هو أصلح الآراء لتفسير حكم المادة 100/ 2 لو سلمنا بأن النص القانوني يفرضه كما يقول الفقه أى لو اعتبرنا أن فكرة عدم الاضرار بحقوق الغير ، معناها عدم سريان أثر الاجازة ضده .

غير أننا نلاحظ على القاعدة التى تضعها هذه الفقرة ، أنها لا تستقيم مع قواعد الصناعة القانونية ، لأن الأثر الرجعي للاجازة — الذى تقضي به المادة — واعتبار العقد صحيحا منذ ابرامه ، لا يجعل مكانا لرعاية حقوق الغير على هذا النحو ، الأمر الذى يدفعنا الى القول بأن المقصود من مراعاة حقوق الغير ، هو فقط تقرير حق هذا الغير فى التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، من جراء اجازة المتعاقد الاول .

وبناء عليه ، فاننا نقول أن حكم الفقرة الثانية من المادة 100 ، يقرر فقط حق الغير فى التعويض ، خصوصا اذا رأينا أن التقييد بما قال به الفقه من اكتساب الخلف حقا خاصا فى الطعن بالبطلان ، يؤدى الى عدم الاستقرار فى المعاملات . لذلك فان تطبيق هذا الحكم فى الواقع نادر الحدوث .

وأخيرا ، نرى من وجهة نظر شخصية ، أن القاعدة التي وضعتها المادة 100/ 2 ليست الا تطبيقا للمبادئ العامة التى تتفق مع مقتضيات الأخلاق وحسن النية ، فهكذا يلقى جزاءه من ينوى اهدار حق تم نقله بشكل صحيح ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فان هذه القاعدة تتمشى مع طبيعة الاجازة ، فالاجازة نزول من جانب واحد ، ومثل هذا النزول أو العدول ليس من شأنه أن يلحق ضررا بحق الغير . فضلا عن أن الحماية التى يقررها هذا الحكم ، تمنع المستفيد الأصلى من حق الطعن بالبطلان من أن تظل باقية تحت رحمته ، الحقوق التى رتبها هو شخصيا (3) .

---

1 — انظر : Valdelièvre ص 109 .

2 — جميل الشرقاوى ، ص 389

3 — انظر : Couturier المرجع السابق ، ص 77 فقرة 108

ونخلص في النهاية الى مايلي : مادام ليس للاجازة أثر رجعي كما بينا ه فاننا نرى أن كلمة "اجازة" لا تعبر عن الوضع الصحيح لعملية التنازل عن الحق في التمسك بالبطلان . ان الانسان لا يجيز عقدا صحيحا رتب آثاره ، بل يجيز عقدا لم يرتب هذه الآثار بغية جعله يرتبها . ونحن نعلم أن العقد القابل للابطال ، عقد صحيح الى أن يتقرر بطلانه ، أما قبل ذلك ، فهو صحيح منتج لكل آثاره ، فاذا ما صدرت الاجازة بعد ذلك ، فهي لا تزيد في صحته ، وبالتالي لا " تجيزه " بل " تؤيده " ، وبعبارة أخرى فان الاجازة لا تأتي بحال جديدة للتصرف ، وانما تؤيد وتؤكد حالته القائمة . لهذا ، فاننا نرى وجوب اعادة النظر في تسمية هذه العملية القانونية ، فيطلق عليها " تأييد العقد " بدلا من عبارة " اجازة العقد " . وحسنا فعل المشرع اللبناني في المادة 237 من قانون الموجبات والعقود بقوله : (التأييد أيا كان شكله ..) ، وفي هذه الحالة يجب استبعاد النص على أن التأييد أثر رجعيا (1) .

فما دامت العملية تأييدا ، فمعنى ذلك أن العقد كان صحيحا منتجا لآثاره ، ولم يفعل التأييد الا أن زاد في تقوية هذا العقد .

هذا ، واذا كان العقد القابل للابطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لاعادة شهره بعد اجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظا لحجيته (2) .

---

1 ـ لو أخذ المشرع بفكرة العقد الموقوف ، لما أثير الجدل حول الأثر الرجعي للاجازة اذ العقد الموقوف لا ينتج أي أثر قبل اجازته فاذا صدرت الاجازة ، فانها تكون بأثر رجعي ، أي أن العقد يستند في انتاج آثاره ، منذ تاريخ ابرامه ، ومن هذا يظهر لنا أن كلمة اجازة في الفقه الاسلامي تدل على المقصود هنا .

ـ ... ، أما في فقه القانون الوضعي ، فانها لا تفيد هذا المقصود .

2 ـ انظر السنهوري : الوسيط ج 1 : ص 518 فقرة 318 هامش 2 انظر ايضا : Colin et Capitant المرجع السابق ، ص 433 فقرة 765 .

خـــاتمـــــــــة

من خلال هذا البحث المتواضع ، تجلى لنا أن اجازة العقد تعد من المواضيع ذات الأهمية الكبرى في القانون المدني ، فهي ترد لاحقة لتصرف قانوني تم ابرامه بقصد ابعاد شبح الزوال الذي كان يهدده ، وبذلك تكون الاجازة ضمانة تفتق عنها الفكر القانوني للابقاء على مثل هذا التصرف ، الذي يكون قد أنتج آثارا يصعب محوها ، وقد ينجم عن عدم اجازة هذا التصرف كثير من العنت وزعزعة معاملات استقرت أو كادت تستقر ... متعددة ...
ويمكننا ، بعد دراسة فكرة الأجازة من مختلف جوانبها ، أن نستخلص عدة نقاط مهمة :

1 — تبين لنا من سياق البحث ، أن الاجازة عمل قانوني من جانب واحد ، وبهذا تكون تطبيقا من تطبيقات الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، مع العلم بأن قانوننا المدني ، لم يتخذ من الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، بل أخذ بها استثناء فقط (1) .

2 — اذا كانت الاجازة ، هي النزول عن الحق في الابطال ، فيجب لاعمالها — كما يتضح من تعريفها — أن يوجد أولا ما يسمى بالحق في الطعن بالابطال في التصرف La disponibilite du droit de critique وهذا ما جعلنا نتعرض لميدان أو نطاق الاجازة (ميدان الاجازة) ، فتبين لنا أنها لا تتحقق الا حيث يكون تصرف قانوني تم انعقاده ، وأنتج آثاره ، وهذه هي حالة العقد القابل للابطال ، فترد عليه بقصد تقوية هذه الآثار وتعزيزها ، فالحق في الطعن بالابطال يتوفر في هذه الحالة ، والأمر على نقيض ذلك حينما يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لسبب من الاسباب فهو في حكم العدم ، وليس من شأن الاجازة أن تنفخ الروح في هذا العدم .

3 — وبالنسبة الى شروط تحقق الاجازة ، رأينا أن قانوننا المدني — على غرار التشريعات العربية ، ماعدا التشريع اللبناني ، وعلى خلاف القانون المدني الفرنسي — لم يستلزم أي مطلب موضوعي أو شكلي . بيد أن النظر السليم يمكنه استخلاص بعض الشروط الموضوعية ، من المبادئ العامة للقانون ، فيشترط فيها ما يشترط في التصرفات القانونية . أما الشروط الشكلية فلا محل للكلام عنها خاصة اذا علمنا أن الاجازة قد تكون ضمنية ، وهذا ما يستفاد منه عدم اشتراط أي شكل ، اذ لو اشترط فيها ذلك ، فمعناه اشتراط صدور الاجازة في صورة صريحة . وقد أحسن مشرعنا حين قضى بأن الاجازة تكون صريحة أو ضمنية ، ولم يفعل فعل المشرع اللبناني ، الذي نقل عن نظيره الفرنسي

---

1 — انظر مثلا المادة 15 ق م ج في موضع الوعد بجائزة الموجه للجمهور .

عند ماضمن نص المادة 236 من قانون الموجبات والعقود ، بعض البيانات مما قد يثير بعض الشك حول تحقق الاجازة أو عدم تحققها عند ما تتخلف تلك البيانات .

4 — وبعد هذا ، نعود للفظ " الاجازة " في حد ذاته ، فقد تبين لنا من خلال الدراسة ، أنه لا يدل تمام الدلالة على المقصود ، لأن الاجازة كعمل قانوني ، لا تضيف شيئا جديدا للتصرف الذي ترد عليه ، بل تؤكد وجوده ، وتؤيد آثاره ، وهذا ماجعلنا نفضل لفظ " التأييد " وهو اللفظ المقابل تماما فيما نرى للفظ Confirmation الذي يستعمله المشرع الفرنسي (م 1338) والمشرع الجزائري في الصيغة الفرنسية للمادة 100 ق . م . ج .

ولعل عدم الدقة في اختيار المصطلح ، في هذا المجال ، راجع الى كون مشرعنا قد استعار كلمة " اجازة " — عن طريق المشرع المصري — من الفقه الاسلامي ، مع عدم تنبهه الى أن هذا اللفظ في هذا الفقه صائب فهو يؤدي المعنى تماما ، اذ الاجازة في الفقه الاسلامي ، تجعل التصرف المجاز ينتج آثارا لم يكن ينتجها من قبل . أما في فقه القانون ، فاننا نرى أن اللفظ الذي يفيد المقصود هو كلمة " التأييد " .

5 — ثم ان قانوننا ، كما هو الأمر في القوانين العربية ، لا يزال يخلط بين لفظي " الاجازة " و " الاقرار " (1) فيستعمل كلا من الاصطلاحين مكان الآخر ، وقد رأينا أنهما نظامان مختلفان وأقل ما يقال في التمييز بينهما أنه اذا كانت الاجازة تصدر من أحد المتعاقدين ، فان الاقرار ، يصدر من أجنبي عن العقد ، يجعل به هذا العقد نافذا في حقه .

6 — فضلا عما ذكر أعلاه ، ألقينا نظرة على الفقرة الثانية من المادة 100 التي تقرر أن للاجازة أثرا رجعيا ، وقد عقبنا عليه وبينا عدم صوابه ، ذلك أن الاجازة لا تصحح العقد بل تقويه و تجعله باتا ، بأن تبعد عنه خطر الزوال في المستقبل ، دون المساس بآثاره في الماضي ، فكيف بمشرعنا يقضي بأن للاجازة أثرا رجعيا ؟ أليس معنى هذا أن الاجازة تصحح العقد ، مع ما في ذلك من خطأ ؟ .

---

1 — انظر مثلا ، المواد : 78 — 152 — 418 ق . م . ج .

7 — ثم ما المقصود من الاستثناء الوارد في آخر المادة 100، المتمثل في عدم اضرار أثر الاجازة بحقوق الغير؟ فماذا ياترى يرمي اليه المشرع من وراء هذا الاستثناء؟ وسعيا منا الى ايضاح هذا المشكل، تساءلنا عن المقصود بالغير، ثم ما هو الاساس الذي تقوم عليه حماية الغير، وأخيرا المقصود من عبارة "عدم الاضرار بحقوق الغير"؟.

واذا كان الجواب عن الشطر الأول من التساؤل بسيطا، فهو لم يكن كذلك بالنسبة الى الشطرين الثاني والثالث، اذ اختلف الرأي حول الأساس الذي تقوم عليه هذه الحماية، وقد رأينا أن نميل الى الرأي القائل باكتساب الخلف حقا في الطعن بالبطلان.

أما بالنسبة الى الشطر الثالث المتمثل في عدم اضرار أثر الاجازة بحقوق الغير، فلم نترك جوابا، اللهم الا أن المشرع يكون قد قصد ضرورة تعويض الغير عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب الاجازة، وهذا طبقا للمادة 124 ق.م.ج التي تقضي بأن (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) (1).

8 — وأخيرا، اذا عدنا الى محل الاجازة، رأينا أنه يتمثل في الحالات التي يكون فيها العقد قابلا للابطال، بينما يكون ميدان الاجازة بصفة عامة في الفقه الاسلامي، هو العقد الموقوف. ولو أردنا المفاضلة بين نظامي العقد الموقوف والعقد القابل للابطال، ما ترددنا لحظة ولملنا الى النظام الأول، وقد أظهرنا بعض أسباب ذلك : فالأولى أن يقف العقد حتى يجاز، لا أن يعتبر صحيحا نافذا رغم ما شابه من عيب، حتى يبطل، ومن هذا يتضح أن فكرة العقد الموقوف تحقق حماية أكثر مما يحققه العقد القابل للابطال (2) فهذه الفكرة تقوم على رعاية المصلحة وعلى دفع الضرر، وهذا ما يتفق مع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار).

ومن هنا نرى أن القول بالوقف يحقق الحماية ويمنع الضرر. ولو أخذنا بهذه الفكرة ما كنا في حاجة الى الخوض في مسألة عويصة وهي مسألة عدم اخلال الاجازة بحقوق الغير. فان فكرة العقد الموقوف لا تدع مجالا للاضرار بحقوق الغير، فالعقد الموقوف لا ينفذ قبل اجازته، ومن ثم لا يمكن أن يضر بحقوق الغير.

---

1 — مع ملاحظة سقوط كلمة (بخطئه) في النص العربي للمادة 124 ق.م.ج

2 — عبد الرزاق حسن فرج : ص 395 .

أضف الى ذلك أن فقهاء القانون المدني قد اختلفوا في تكييف بيع ملك الغير، كما أن قانوننا المدني قد اعتبر هذا البيع قابلا للابطال من جهة، وجعله في نفس الوقت غير نافذ في حق المالك الحقيقي وبهذا لم يجعل له حكما واحدا .

أما لو أخذنا بفكرة العقد الموقوف لكان بيع ملك الغير موقوفا، وهذا ما يحقق الحماية للمالك الحقيقي الذى حصل التصرف في ملكه بدون اذنه، وهذا سبب آخر يجعلنا نميل الى هذه الفكرة، التى اهتدى المشرع العراقي اليها فاعتنقها محاولا التوفيق بين أحكام الفقه الاسلامي وما عليه العمل في القوانين الحديثة، وأحلها محل العقد القابل للابطال .

وقد كنا نود لو أخذ المشرع الجزائرى بهذه الفكرة، خاصة اذا علمنا أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الثاني لقوانيننا، لذا نقترح هذه الفكرة لعلها تصلح موضوعا للنقاش، فمن المناقشة — كما يقول المثل — ينبع النور،

واذ نقترح هذه الفكرة، نقترح بالضرورة اجراء تعديل تشريعي في قانوننا المدني، مبتدئا بتقسيم العقد الى : صحيح وباطل وموقوف ... وتصبح حالات العقد القابل للابطال في القانون الحالي، هي نفس حالات العقد الموقوف . فتصبح تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر، موقوفة على اجازة الولي أو الوصي أو على اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وهذا ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 83، منه، كما تصبح موقوفة على الاجازة تصرفات السفيه وذى الغفلة الدائرة بين النفع والضرر اذا صدرت منهما بعد تسجيل قرار الحجر عليهما .

أضف الى ذلك تصرفات معيب الارادة التى تنعقد موقوفة على اجازة من وقع في غلط أو من كان ضحية اكراه أو تدليس أو استغلال . وفي الأخير، ينعقد بيع ملك الغير موقوفا على اجازة المالك الحقيقي .

وختاما نرجو أن يكون لمجهودنا — في شرح موضوع من موضوعات القانون المدني — بعض الفائدة، ونأمل أن يكون بحثنا المتواضع لبنة تساهم في بناء الفكر القانوني في بلادنا .

وهو لعمرى غاية دراستنا .

والله ولي التوفيق .

= +×+✱+×+×+×+×+×+×+×+×=

مراجع البحث

أولا : باللغة العربية :

I- المراجع العامة :

أ – في القانون الوضعي :

أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام القاهرة 1975

أنور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام القاهرة 1970

أنور سلطان : المبادئ القانونية العامة بيروت 1981

توفيق حسن فرج : نظرية العقد القاهرة بدون تاريخ

حبيب ابراهيم الخليلي : النظرية العامة للحق، محاضرات مطبوعة، الجزائر 1978 / 1979

حسن الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي ، بغداد 1956

زهدي يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ج 4 بيروت 1962

سليمان مرقس : شرح القانون المدني ج 2 الالتزامات ، بدون تاريخ

سليمان مرقس : نظرية العقد ، القاهرة 1954

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول : مصادر الالتزام القاهرة 1952

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني : الاثبات بيروت بدون تاريخ

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس الهبة بيروت ، بدون تاريخ

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع ، المقاولة والوكالة القاهرة 1964

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية ، بيروت بدون تاريخ

عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، القاهرة 1934

عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ، القاهرة بدون تاريخ

عبد المنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني القاهرة 1960

عبد المنعم البدراوي : مصادر الالتزام القاهرة 1968

عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية جامعة الدول العربية 1958

عبد الناصر توفيق العطار : نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، الكتاب الأول مصادر الالتزام ، القاهرة 1975

عبد الودود يحيى : دروس في قانون الاثبات القاهرة 1970

علي علي سليمان : نظرة عامة على القانون المدني الجزائري محاضرة ألقيت بمدينة وهران بتاريخ 05 / ماي / 1976

علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية بنغازي بدون تاريخ

علي علي سليمان : نظرية الالتزام ، محاضرات غير مطبوعة كلية الحقوق ، الجزائر 1976/ 1977

علي علي سليمان : تعليق على قانون الأسرة مقال منشور في مجلة الشرطة العدد 25 ديسمبر 1984

محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام الجزائر 1983

محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري
الجزائر 1983

محمد عبد الرحيم عنبر : الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية
في مصر والبلاد العربية
القاهرة 1974

محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني ج 1
القاهرة 1954

محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني ج 1
مصادر الالتزام ، دمشق
1978

محمود جمال الدين زكي : دروس في النظرية العامة للالتزامات
القاهرة 1964 / 1965

ب - مؤلفات في الفقه الاسلامي :

ابن قاضي سماوة : جامع الفصولين ج 1 القاهرة 1300هـ

الكمال بن الهمام : فتح القدير ج 5 القاهرة 1316هـ

الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
القاهرة 1328هـ

محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الاسلامي القاهرة
1960

عيسوى أحمد عيسوى : المدخل للفقه الاسلامي : الملكية
ونظرية العقد القاهرة 1963

موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الأسلامي ج 2 يصدرها المجلس
الأعلى للشؤن الاسلامية القاهرة 1387هـ

عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة
المجلد الثاني بيروت بدون تاريخ

عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الأسلامي
الجزءان 4و5 القاهرة 1967

محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة
الاسلامية القاهرة 1977

ج — مؤلفات في القانون الروماني :

شفيق شحاتة : نظرية الالتزام في القانون الروماني القاهرة 1963

صوفي حسن أبوطالب : أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني القاهرة 1964

صوفي حسن أبوطالب : الوجيزفي القانون الروماني القاهرة 1965

صوفي حسن أبوطالب : بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني القاهرة بدون تاريخ

عبد المنعم بدر : مبادئ القانون الروماني القاهرة بدون تاريخ

II- الرسائل :

توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال في القانون المدني القاهرة 1957

جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني القاهرة 1953

عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون المدني القاهرة 1969

محمد جبار : نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائر 1976

محمد الالفي : الفضالة ، ترجمت الى العربية ونشرت بالجزائر 1975

III- أبحاث :

أحمد سالم الدوري : الاستغلال بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية السنة 35

أسعد كمواني : الاستغلال والغبن في العقود بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية السنة 41 .

محمد زكي عبد البر : العقد الموقوف في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانونين العراقي والمصرى، منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد 1و2، مارس وجوان 1955 السنة 25

الوثائق الرسمية :

- القانون المدني الجزائرى، الصادر بالأمر رقم 75 - 58، بتاريخ 26 سبتمبر 1975
- قانون الأسرة الجزائرى، الصادر بالقانون رقم 84 - 11، بتاريخ 09 يونيو 1984
- القانون المدني المصرى الصادر بالقانون رقم 131 بتاريخ 29 جويلية 1948
- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ 09 آذار 1932
- القانون المدني العراقي
- مجلة الأحكام العدلية

مراجع :

- OUVRAGES GENERAUX -

AUBRY et RAU : Cours de droit civil. T IV 6è ed. Paris 1952

BAUDRY et BARDE : Traité théorique et pratique de droit civil T III.3èed. Paris 1903.

BEUDANT et Lerebours-Pigeonnière : Cours de droit civil Français T.III 2è ed. Paris 1936.

BUFNOIR: Propriété et contrat: 2è ed. Paris 1924.

Carbonnier: Théorie générale des Obligations. Paris 1963.

Chafik Chéhata: Théorie générale des Obligations en droit musulman Hanéfite :Les sujets de l'obligation.Paris 1969.

Colin et Capitant : Traité de droit civil .T 2. Paris 1959.

DELAMORANDIERE : Traité de droit civil. T 2 . Paris 1952.

DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon : Traité des Contrats. T.VI. Paris 1879.

Farjat:Droit privé de l'économie, T2,Les Obligations.Paris 1975.

FLOUR et AUBERT: Les Obligations.Paris 1975.

Gaudemet: Théorie générale des Obligations. Paris 1937.

GHESTIN : Traité de droit civil: Les Obligations:Le Contrat . Paris 1980.

LAROMBIERE: Théorie et pratique des Obligations.Paris 1885.

LAURENT; Principes de droit civil français. 3è ed. T.XVIII.

Marty et Raynaud: Droit civil T.II.Paris 1952.

Mazeaud: Leçons de droit civil .T II. 4è ed. Paris 1969.

Planiol et Ripert: Traité pratique du droit civil français. T IV. 2è ed. Paris 1952.

Ripert et Boulanger: Traité de Droit Civil. T1. Paris 1956. T 2. Paris 1957.

Savatier: Cours de droit civil T2. 2è ed.Paris 1949.

STARCK: Droit civil,les Obligations. Paris 1972.

TOULLIER: Droit Civil Français. 5è ed.

Weill et Terré: Droit civil,les Obligations.2è ed.Paris 1974.

II- OUVRAGES SPECIAUX -

Bastian: Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité. Thèse, Paris 1929.

COUTURIER: La confirmation des actes nuls. Thèse, Paris 1972.

DELAPRADELLE: Le conflit de lois en matières de nullités. Paris 1967.

DUPEYRON: La régularisation des actes nuls.Thèse,Paris1973.

GHESTIN: La notion d'erreur dans le droit positif actuel.Thèse,Paris 1963.

JAPIOT: Des nullités en matière d'actes juridiques, Thèse, Dijon 1909.

LUTZESCO: Essai sur les nullités d'actes juridiques à caractère patrimonial (Etude de droit Français). Thèse, Paris 1938.

Martin de la MOUTTE: L'acte juridique unilatéral. Thèse, Paris 1951.

Ripert: La règle morale dans les Obligations civiles. Paris 1935.

SAFFAI HOSSEIN: La protection des incapables. Etude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques. Thèse, Paris 1966.

SIMLER: La nullité partielle des actes juridiques, Paris 1969.

TRIFONESCU: De la confirmation des actes nuls. Thèse, Paris 1903.

Valdelievre: La Confirmation des actes nuls. Thèse, Paris 1964.

YVELAINE BUFELAN-LANORE: Essai sur la caducité des actes juridiques en droit civil, Paris 1963.

III- RECUEILS:

- Gazette du Palais: Répertoire encyclopédique du droit Français. T III. 1890.
- Répertoire Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris 1952.

  (Voire "Suggestion et Captation") Paris 1952.
- Répertoire de Droit Civil .2è ed. 1974 (Voire "Confirmation").
- JURISCLASSEUR Civil: "La confirmation des actes nuls" fascicule 149-150, mis à jour en 1978.

IV - ARTICLES:

J.CHEVALLIER: inéxistance, nullité et annulabilité des actes juridiques. Travaux de l'association HENRI CAPITANT, T XIV. Année 1965.

COHENDY: Des intérêts de la distinction entre l'inéxistance et la nullité d'ordre public. Revue Trimestrielle de Droit. Civil. Année 1914.

M.P.KAYSER: Nullité d'ordre public. R.T.D.C. Année 1933.

P.RAYNAUD: La renonciation à un droit. R.T.D.C. Année 1936.

J.GUYNOT: La suggestion et la captation en matière de libéralités R.T.D.C. Année 1964.

V - DROIT ROMAIN:

E.DIDIER-PAILHE: Cours élémentaires de droit Romain. 2è ed. Paris 1881.

G.MAY: Eléments de droit Romain. 2è ed . Paris 1892.

E.PETIT: Traité élémentaire de droit Romain. 9è ed. Paris 1925.

Girard: Manuel élémentaire de droit Romain. Paris 1929.

E.Gaudemet: Cours de droit Romain approfondi. Paris 1949-1950.

R. MONIER: Manuel élémentaire de Droit Romain. T2. Les Obligations. Paris 1957.

A.E.Giffard: Droit Romain et ancien droit Français.Paris 1957.

J.Gaudemet:Le droit privé Romain.Paris 1974.

VI - <u>CODE</u> :

Code civil Français. Dalloz 1974.

الفهـــرس

الفصل الثاني : شروط الاجازة وصورها (أنواعها) :

المبحث الأول : شروط صحة الأجازة :

المطلب الأول : الشروط الموضوعية للاجازة

الفرع الأول : العلم بالعيب الذى شاب التصرف واتجاه ارادة المجيز نحو اجازته .

اولا : علم المجيز بالعيب

ثانيا : اتجاه ارادة المجيز نحو اجازة العقد

الفرع الثاني : زوال العيب الذى شاب العقد

المطلب الثاني : الشروط الشكلية للاجازة

المبحث الثاني : صور الأجازة :

المطلب الأول : الأجازة الصريحة

الفرع الأول : المقصود بالاجازة الصريحة

الفرع الثاني : اثبات الأجازة الصريحة

أولا : حالة عدم وجود دليل كتابي

ثانيا : حالة وجود دليل كتابي

المطلب الثاني : الاجازة الضمنية

الفرع الأول : التعبير عن الأجازة الضمنية

اولا : التنفيذ الاختياري

ثانيا : أعمال أخرى تدل على الاجازة الضمنية

الفرع الثاني : اثبات الاجازة الضمنية

اولا : محل الاثبات

ثانيا : وسيلة الاثبات

المطلب الثالث : الاجازة المفترضة

(سقوط الحق في الابطال بمضي المدة)

الباب الثاني

نطاق الاجازة

الباب الثالث

آثار الاجازة

جدول الخطأ والصواب

ـ أ ـ

الخطأ	الصواب	السطر	الصفحة
الباخث	الباحث	13	3
الاشارة	لآشاره	13	3
لا يخلوا	لا يخلو	15	7
الادارة	الارادة	17	7
فاقديها	فاقدها	6	10
الموضوعين	الموضوعيّين	16	10
تصنيف	تضيف	18	13
نقوية	تقوية	18	13
الغناء	الفناء	20	13
nulls	nuls	5	14 ه1
يبن	يبين	1	15
الخلو	الخلود	20	15
لا يحلى	لا يغني	1	17 هامش 2
يقولون	يحوّلون	12	18
جميع	جمع	6	20 هامش 2
الفبن	الغبن	14	23
لم نحتر	لم نحشر	15	26
وخصمة	وخصمه	4	27
اشاره	آثاره	12	27
الفظلة	الفضالة	5	27 هامش 4

وجود	وجوده	10	32
لا ينصد	لا يعتقد	13	32
اصبح	أصبح	2	37
يبدوا	يبدو	12	37
نظار	نظيم	1	39 هامش 1
مقل	مثل	3	43
شروط	شرط	11	50
ترتيب	ترتب	4	57 هامش 4
لا تثأر	لا تثار	7	58
لم تمطيا	لم تمطنا	16	66
الداقح	الذائح	7	78
احازيل	جاريا	21	87
المادة 133	المادة 1133	1	96 هامش 4
تتخلص	تتلخص	5	101
شروط	شروطا	الاخير	104
السابقا	السابقان	1	101 هامش 1
ذلك	فذلك	22	114
مصلا	صم لا	15	119
لم يستطيع	لم يستطع	23	123
الهذف	الهدف	4	125
عبد الرزاق حسن فرج	توفيق حسن فرج	3	127 هامش 4
التقليد	التقليد	1	131
المنصص	المنصوص	3	131
يحذق	يحدق	3	136
كتسب	اكتسب	3	137
مطا	طكما	الاخير	137

تضيق	تضيــف	13	138
RAUD	RAU	1	139
نص	نصل	11	143
طرف	طرفا	21	143
لا أنه	لأنه	22	148
انعدام	انصدم	6	151
وضح	وضح	19	151
أنقض	أنقص	6	158
يجوزه	يحوزه	9	159
تجنبنا	تجنبا	20	159
RAS	RES	4	161
لم تتسو	لم تسو	11	165
اجراء	اجراه	13	166